

THÈSE DE

PARIS.

1887.

N<sup>o</sup>. 91.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

---

ESSAI DE THÉORIE  
SUR LA NATURE DE L'ÉMANCIPATION

EN DROIT ROMAIN

---

DU CONTROLE DE LA JUSTICE  
SUR LES DROITS PATERNELS  
DE CORRECTION ET D'ÉDUCATION

EN DROIT FRANÇAIS

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

PIERRE-ROBERT PLANTEAU DU MAROUSSEM

Avocat à la Cour d'appel.

---

PARIS

IMPRIMERIE MOQUET

11, RUE DES FOSSÉS-SAINT-JACQUES, 11

1887











FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

---

ESSAI DE THÉORIE  
SUR LA NATURE DE L'ÉMANCIPATION

EN DROIT ROMAIN

---

DU CONTROLE DE LA JUSTICE  
SUR LES DROITS PATERNELS  
DE CORRECTION ET D'ÉDUCATION

EN DROIT FRANÇAIS

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le Mardi 7 juin 1887, à 2 h. 1/2

PAR

PIERRE-ROBERT PLANTEAU DU MAROUSSEM

Avocat à la Cour d'appel.

---

Président : M. LABBÉ, Professeur

|             |   |             |   |            |
|-------------|---|-------------|---|------------|
| SUFFRAGANTS | { | MM. BOISTEL | { | PROFESSEUR |
|             |   | BEAUREGARD  |   | AGRÉGÉS    |
|             |   | MICHEL LÉON |   |            |

---

PARIS

IMPRIMERIE MOQUET

11. RUE DES FOSSÉS-SAINT-JACQUES, 11

1887



Digitized by the Internet Archive  
in 2026



A MON PÈRE, A MA MÈRE



# DROIT ROMAIN

---

## ESSAI DE THÉORIE SUR LA NATURE DE L'ÉMANCIPATION

---

### INTRODUCTION

On peut poser, en règle générale, que le premier principe de la méthode à suivre pour les reconstructions historiques est l'observation personnelle et directe des peuples actuels, analogues à celui que l'on veut étudier (1). Les inductions tirées de cet examen peuvent seules, en éclairant les textes et les documents du passé, mettre un peu de vie dans le tableau de ces époques lointaines.

Il faut avouer, toutefois, que nous allons manquer

(1) Nous avons développé cette idée ailleurs, voir *Réforme sociale*, n° du 15 novembre 1886.



gravement à ce principe. Les observations dont nous allons nous servir ne nous sont pas personnelles, et la plupart des auteurs à qui elles sont empruntées n'ont pas su, faute d'un procédé d'analyse scientifique, leur donner une exactitude et une précision suffisantes.

Dans l'état actuel de la science des sociétés, on est encore réduit à travailler sur une base incertaine et flottante.

La Chine, le Japon et la Russie ont, entre autres pays, une constitution analogue à la constitution du peuple romain. Ce sont des peuples à familles patriarcales. Il est inutile de développer longuement ce que désigne cette expression technique. « La famille patriarcale, dit Le Play, — qui l'a étudiée en Russie, en Hongrie et en Turquie, — est la plus stable à son foyer, la plus fidèle à la tradition. Elle garde d'abord près des parents tous les fils mariés. Quand l'habitation et la subsistance deviennent insuffisantes, elle favorise l'émigration en un groupe de ménages dotés par la maison-mère ».

Le respect du père est le caractère extérieur qui frappe le plus vite les voyageurs occidentaux chez les peuples à familles patriarcales. Voyez l'énergie de la puissance paternelle en Chine, par exemple. « Si M. le gouverneur de province, dit le Taï-thsing-liu-li (1), mar-

(1) Lois et statuts de la dynastie des Tsings. Donnat, *Monographie des paysans du Ning-po-Fou*. — *Ouvriers des Deux-Mondes*, t. IV, p. 118.

chant dans la ville avec ses gardes et tout son cortège, rencontre son père et veut continuer son chemin, au lieu de descendre de sa chaise par respect et de saluer son père humblement, le simple paysan a le droit d'aller à lui, de le tirer par le bras et de lui donner des soufflets comme à un insolent ».

Il serait facile de mettre en regard de cette anecdote les textes qui prouvent la vigueur de la *patria potestas*. Elle nous paraît cependant, à côté de la puissance paternelle chinoise, assez affaiblie et dégénérée. C'est ce que le passage suivant d'Aulu-Gelle nous porterait à croire : « Un jour, Q. Fabius Maximus, qui n'était que proconsul, s'avancant à cheval au devant de son fils, crut que son titre de père le dispensait de mettre pied à terre. Comme on savait que la plus parfaite intelligence régnait entre le père et le fils, les licteurs n'osèrent pas ordonner à ce dernier de descendre. Mais quand il fut plus près, le consul dit au licteur : Fais ton devoir. A peine le licteur de service a-t-il entendu l'injonction faite par le consul qu'il ordonne à Maximus de descendre. Fabius obéit et félicite son fils de savoir faire respecter une autorité qui n'était autre que celle du peuple romain ».

Le respect du père a pour corollaire le respect des vieillards. « Le Russe du peuple, nous dit M. Anatole Leroy-Beaulieu (*Revue des Deux-Mondes*, 15 novembre 1876), salue les hommes d'un âge supérieur au sien des titres de père et d'oncle. En toute circonstance,

en public comme en particulier, il leur témoigne une pieuse déférence, et ce respect de la jeunesse pour la majesté et l'expérience de l'âge se traduit avec mainte variante dans de nombreux proverbes populaires; par exemple, celui-ci: « Où sont les cheveux blancs, là est la raison, là est le droit ». C'est que l'autorité domestique repose toujours entre les mains des vieillards. Le pouvoir dans la famille passe non du père au fils, mais du père à l'oncle. « De nos jours encore, en Turquie, dit M. Viollet, le sultan a pour successeur non son fils, mais son frère ». (*Précis d'Histoire du Droit français*, p. 706.)

Nous ferons simplement remarquer qu'à Rome les hommes les plus éminents de la cité s'appelaient *senatores*, et que le mot *patruus* exprime merveilleusement le rôle de l'oncle, ce second père, ce vice-roi domestique avec succession future (1).

Mais il est possible de pousser plus loin les analogies.

La science des sociétés semble prouver aujourd'hui — bien qu'en toutes ces matières il faille se garder des affirmations prématurées, — que la famille patriarcale se forme spontanément, en vertu de causes dont personne n'a fait encore sur place l'analyse, chez les pasteurs de l'Asie centrale. Russes et Chinois sortent de ces grandes steppes, que les races nomades

(1) Ce rôle a disparu à l'époque historique, v. page 24.



parcourent à la suite de leurs troupeaux, depuis les siècles les plus lointains. Peu à peu ils se sont agglomérés; la famille patriarcale s'est fixée au sol sans perdre ses caractères généraux. La preuve en est acquise d'une façon bien simple : le voyageur qui remonte de la Baltique vers l'Oural, comme celui qui remonté des mers de Chine aux plateaux de la Mongolie traverse successivement des familles patriarcales sédentaires vouées à la culture du sol (Russes et Chinois), des familles patriarcales demi-nomades, vivant à la fois de l'agriculture et du pâturage (Bachkirs, Tartares) et arrive enfin aux larges plaines sans limite, patrie des nomades purs, et que l'on désigne sous le nom de la « Terre des Herbes. »

Les Romains sont originaires du plateau central de l'Asie; cela est désormais acquis grâce aux découvertes de la philologie. Cette science semble de plus permettre de croire que les peuplades du plateau de la Sabine et de la plaine basse du Latium, dont l'agglomération a formé entre autres peuples le peuple romain, avaient conservé la vie nomade et l'industrie du pâturage. « La vieille langue du droit, nous dit Mommsen, atteste que la richesse a consisté d'abord en troupeaux et en droits réels d'usage. » — « Tum  
« (du temps de Romulus) erat res in pecore et loco-  
« rum possessionibus, ex quo pecuniosi et locupletes  
« vocabantur. Numa primum agros quos bello Romu-  
« lus ceperat, divisit viritim civibus » (Cicéron, *De*

*rep.*, 2, 9, 14). La fortune s'appelait, en effet, alors *pecunia* ; le pécule du fils, *peculium*, avoir en bétail ; et comme on nous le fait remarquer, le mot *mancipatio* (*manu capere*) indique bien que les échanges ne portaient sur les choses mobilières, ce qui est un indice certain que la terre n'avait pas encore été l'objet d'une appropriation privée. Peu à peu, par suite de l'agglomération des familles, « des *gentes* », les pâturages manquant aux troupeaux, l'appropriation du sol et sa culture devint une nécessité. Nous voyons dans les annales la *gens Claudia*, par exemple, se fixer sur les bords de l'Anio. Chacun sait que, à la longue, le domaine ou pour mieux dire le territoire de ces *gentes*, se morcela : la famille romaine se dégagea de plus en plus des liens de la *gens*. La *domus* commandée par son *pater*, roi absolu, vécut d'une vie propre et indépendante ; mais son organisation fut identique : c'est une *gens* en raccourci, ou si l'on veut une *gens* qui commence ; le pouvoir y passe du père à l'oncle, ou au frère le plus souvent, sans doute le frère aîné, chef (*dominus*) de l'association patriarcale (1). L'idéal des Romains

(1) Même observation que plus haut, p. 8.

Voir ici M. Fustel de Coulanges, *Cité antique*, 7<sup>e</sup> édition, 1878, p. 90, 91.

M. Fustel de Coulanges croit que le droit d'aînesse seul peut expliquer l'unité maintenue pendant des siècles des *gentes* romaines et sabines. Aucun texte ne nous donne le droit de le supposer ; et l'étude des peuples d'Orient nous

fut toujours de grouper le plus possible les enfants, petits-enfants, neveux et petits-neveux autour du tombeau des ancêtres. On cite comme un exemple en Chine un ministre, dont le nom nous échappe, qui avait su réunir autour de lui un nombre fabuleux de descendants et de collatéraux. De même Valère-Maxime, dans la *Morale pratique* qu'il a composée exalte la vertu des frères *Ælius* (*Valerii Maximi*, liv. IV, c. iv, 8). « Sexdecim eodem tempore *Ælii* fuerunt, « quibus una domuncula erat eodem loco, quo nunc « sunt Mariana monumenta, et unus in agro Veiente « fundus, minus multos cultores desiderans, quam « dominos habebat, inque Maximo et Flaminio spec- « taculi locus, quæ quidem loca ob virtutem publice « donata possidebant. »

Tous les arguments que nous avons réunis — il en est bien d'autres — prouvent à notre avis que la famille romaine, de même que la famille russe, chinoise, etc., etc., était une famille *patriarcale*, au sens technique du mot.

montre que le pouvoir passe du chef à son frère le plus âgé. (V. plus haut.)

---





## PREMIÈRE PARTIE

### L'ÉMANCIPATION CHEZ LES PEUPLES

#### A FAMILLES PATRIARCALES

Dans tous les pays que nous venons de citer, la famille forme une unité sociale d'une cohésion et d'une force inconnues dans nos pays d'Occident. L'Etat est une juxtaposition de petites puissances où règne en maître absolu le chef de la communauté. « La société chinoise peut se définir la réunion des familles », nous dit le spirituel diplomate à qui les Chinois ont dû d'être enfin peints par eux-mêmes ; et les témoignages des voyageurs nous autorisent, au moins en cela, à croire à ses affirmations. « La famille japonaise, nous dit M. Bousquet (*Revue des Deux-Mondes*, livraison 15 juillet 1875), est un petit Etat muni de tous ses organes : elle a un chef absolu qui la représente et qui la conduit ; des sujets, un peuple de serviteurs attachés à elle et qui ne la quittent pas ; une propriété commune ; un conseil délibératif formé des agnats les plus âgés, sans limite de nombre ni d'âge. » Au Japon, d'ailleurs,

comme en Chine, une cause nouvelle vient encore ajouter à la puissante individualité de la famille : c'est le culte des ancêtres, — nouveau trait de ressemblance avec l'antiquité romaine.

Cet État minuscule doit, pour se maintenir, résoudre les deux problèmes qui s'imposent à tous les Etats grands et petits : 1° réfréner, par un système rigoureux de pénalités, la violation de la loi morale chez chacun de ses membres; 2° assurer la transmission intégrale du domaine, en établissant au dehors les enfants devenus trop nombreux, et en délivrant les individualités éminentes du joug trop pesant de la famille patriarcale.

Or, une même institution sert tour à tour à atteindre ces deux fins différentes : c'est l'émancipation, c'est-à-dire ce mode de dissolution de la puissance paternelle, par lequel le père fait sortir l'enfant de la famille et le rend *sui juris*; émancipation *répressive*, lorsqu'elle sanctionne l'autorité du chef; émancipation *libératrice*, lorsqu'elle permet aux fils énergiques et aventureux de diriger pour leur compte une exploitation séparée.

Etudions d'abord l'émancipation répressive. Dans certaines organisations sociales, elle peut être forcée en même temps que volontaire. « Telle est la solidarité du groupe familial, nous dit M. Bousquet dans l'article signalé plus haut, que la loi jadis poursuivait tous les membres pour le crime d'un seul, qu'il fût le chef ou

en puissance. Ce que la loi ne fait plus, l'opinion publique n'a cessé de le faire. De là, une institution qui servait à maintenir l'unité de la famille en éloignant d'elle tous les éléments rebelles : c'est le *kando*, détachement ou expulsion d'un membre dont l'inconduite pourrait entraîner la responsabilité civile ou morale des siens. Le *kando* ne peut avoir lieu que dans le cas de prodigalité, vol, violences, adultère et seulement contre un fils majeur de quinze ans... L'enfant ainsi frappé sort de la famille : il n'a plus ni asile, ni secours, ni héritage à attendre de ses parents. La seule faveur qu'il en reçoive, c'est au moment de la séparation une petite somme qu'on appelle *namida kin*, l'or des larmes ; car c'est une mère qui le donne à son fils qui va la quitter pour toujours. Il doit s'éloigner de sa province et ne tarde pas à devenir un vagabond, un mendiant et un voleur ; mais sa famille n'a plus à en rougir. »

« Les peines appliquées par les tribunaux domestiques chinois, écrit M. Eug. Simon (*Cité chinoise*, p. 58), sont la flagellation, l'exil et l'excommunication. Quant aux crimes, qui, d'après la loi de l'État, entraînent la peine de mort, ils devraient être déférés aux tribunaux de l'Etat. Mais comme cette ingérence serait une violation de l'intégrité de la famille, on laisse aux coupables le choix entre le suicide et l'excommunication, et il y en a peu qui ne préfèrent le suicide. » — « Pour le Chinois, en effet (p. 44), il n'y a pas de pénalité plus



terrible que l'exclusion de sa communauté familiale : aucune ne frappe autant son imagination. Que deviendrait son âme, si son nom était maudit des siens ? Pour se délivrer d'un tel cauchemar, il est prêt à tous les sacrifices, même à celui de la vie (1). »

Voilà comment les coutumes japonaises et chinoises résolvent la première des deux questions. Passons maintenant à la seconde.

La postérité du chef de famille est trop nombreuse ; un excès de population est à redouter. Plusieurs procédés s'offrent alors au père : et tout d'abord la vente des enfants. « Un père en Chine peut engager et vendre son fils, c'est-à-dire *transférer à un autre son autorité sur lui*... Cette vente a lieu dans les familles pauvres des villes, où les parents, afin d'améliorer leur position, consentent à céder un de leurs enfants à une personne aisée. Cet esclavage, qui ne doit pas être confondu avec l'esclavage antique ou moderne des contrées occidentales, consiste dans un simple transfert de l'autorité paternelle et de la responsabilité qui en résulte. Bien que faisant partie des personnes viles (*tsien*)

(1) Une fois excommunié, le Chinois est justiciable des tribunaux officiels. On ne doit pas s'étonner dès lors des formes expéditives et du peu de garanties des juridictions chinoises. « Elles n'ont d'autres justiciables que des individus que leurs fautes ont déjà fait rejeter de leurs familles, et qui ne sont dès lors que des récidivistes, et des récidivistes de la pire espèce », p. 227. Il en était de même à Rome, où la procédure criminelle ne fut organisée qu'au VII<sup>e</sup> siècle.

comme les acteurs et les courtisanes, et étant comme tels privés des droits civiques dont jouissent les personnes honorables (*liang*), les esclaves (*nou*) sont considérés comme les membres de la famille et protégés par la loi... (1) Le plus souvent toutefois un essaimage intelligent établira aux frais de la communauté un ou plusieurs des jeunes ménages. Il y aura achat d'un domaine déjà cultivé ou colonisation de terre vierge. D'ailleurs la sortie de la maison paternelle peut se produire sous l'empire d'une autre cause. Dans la famille patriarcale, les personnalités supérieures, les hommes courageux et intelligents sont nécessairement sacrifiés aux paresseux et aux incapables. Chacun travaille pour tous ; et la masse des produits est partagée également. On comprend que les esprits entreprenants, à mesure que la sécurité augmente par suite du développement de la civilisation, s'efforcent de sortir au plus tôt du groupe qui absorbe toute leur activité. Ce phénomène s'observe au milieu de nos sociétés occidentales, non plus dans la famille patriarcale, depuis longtemps désagrégée et mise en pièces, mais dans les associations ouvrières où l'on s'efforce d'appliquer les théories socialistes.

« En Turquie, nous dit sir Henry Sumner Maine, dans un article publié par la *Revue générale du Droit*,

(1) *Ouvriers des Deux-Mondes, Paysans en communauté du Ning-po Fou*, t. IV, p. 118.

1879, p. 233, chaque fils de famille, à mesure qu'il avance en âge et se marie, quitte la maison paternelle et va chercher ailleurs une nouvelle fortune, souvent même dans une contrée lointaine... Le fils qui garde le logis, demeure sous la *patria potestas*, assiste son père sans jamais transgresser ses ordres ; mais à la mort de celui-ci, il a droit au reste de la propriété entière. »

« Aujourd'hui, en Russie, écrit M. Anatole Leroy-Beaulieu (*Revue des Deux-Mondes*, 15 novembre 1876), les jeunes gens, les jeunes femmes surtout, souhaitent l'indépendance, et les nouveaux ménages aiment à se voir chefs de maison pour être complètement libres. »

---

## DEUXIÈME PARTIE

### L'ÉMANCIPATION A ROME

Si nous revenons à l'étude de la législation romaine, nous allons voir les mêmes causes produire les mêmes effets. Examinons la *gens* d'abord, puis la *famille* proprement dite.

---

### TITRE PREMIER

#### ÉMANCIPATION HORS DE LA GENS

Sur la *gens* nous serons forcément très bref. Les textes, qui y sont relatifs, sont trop rares, pour qu'on puisse développer d'une façon bien certaine la théorie de la « mise hors la *gens* » ou de l'émancipation. Cependant, bien qu'à demi-effacés, les traits qu'ils nous



fournissent nous permettent de reconnaître que la famille patriarcale avait usé, dans la campagne romaine comme dans les plaines asiatiques, de ses procédés habituels de conservation.

« Le seul exemple (de mise hors la *gens*) qui nous ait été laissé, nous dit Ihering (*Esprit du droit romain*, t. I, liv. I, tit. I, ch. II, p. 192) est la condamnation de la mémoire d'un gentil proclamé indigne, après sa mort, et la défense de porter son nom à l'avenir. On a conclu de là, et l'on avait assurément le droit, que ce membre de la *gens* aurait, pendant sa vie, été puni par l'exclusion de la *gens*. »

Voilà un premier argument exposé par l'un des plus célèbres romanistes de ce temps-ci : mais la langue latine nous en fournit un autre. Le mot *egens* (*ex gens*) ne définit-il pas admirablement la situation des malheureux que la grande association familiale avait rejetés loin d'elle (1) ; ils devenaient nécessairement, comme le Japonais exclu de sa famille, des vagabonds, des mendiants et des voleurs.

La seconde utilité de l'émancipation ne pouvait pas exister pour la *gens*, à l'époque d'où nos textes sont datés. Le lien qui unissait les membres de la *gens* nous apparaît, en effet, bien relâché : un culte commun, des devoirs de fraternité, voilà tout ce qui le constitue. L'indépendance appartient de plein droit à chaque

(1) V. Pomponius Festus au mot *egens*.

« famille » particulière. Le chef de la *gens*, le *decurio*, élu par les gentils sans doute parmi les vieillards, n'a que des pouvoirs sacerdotaux et un rôle de président. Chaque fils, à la mort de son père, est émancipé tacitement : la loi ne reconnaît pas à ses oncles, ni à ses frères, de puissance civile sur lui.

---

## TITRE II

### ÉMANCIPATION HORS DE LA FAMILIE

Arrivons à la « famille. » Elle comprend le *pater*, ses fils et filles et les descendants de ses fils. Nous savons quelle est en droit la puissance du père : elle est absolue. En fait, nous savons aussi qu'elle n'excluait pas la tendresse. « La *patria potestas*, nous dit Ihering, (t. II, p. 207) ne comprenait pas le droit de tyranniser les enfants : l'amour devait en être le principe vivifiant ; le père avait un devoir d'éducation. Les Romains ne se sont pas dissimulé ces vérités. Si la *patria potestas* avait été en réalité un rapport arbitraire, qui se serait laissé adroger ? Qui aurait volontairement échangé son indépendance et sa spontanéité contre le sort d'un esclave ? »

Nous allons examiner la *patria potestas* à l'œuvre, et nous la verrons employer aux deux fins qu'elle se propose, la paix et la perpétuité de la famille, l'émancipation répressive et libératrice, exactement comme la puissance paternelle des nations de l'Orient.

Nous ferons cette étude dans l'ordre chronologique suivant :

*Première époque.* — L'émancipation à l'époque de la loi des Douze Tables et sous la République.

*Deuxième époque.* — L'émancipation et les réformes du préteur.

*Troisième époque.* — L'émancipation sous les derniers empereurs.

---

## CHAPITRE PREMIER

### L'ÉMANCIPATION A L'ÉPOQUE DE LA LOI DES DOUZE TABLES ET SOUS LA RÉPUBLIQUE

Une chose nous frappera bien vite dans l'étude que nous entreprenons. Suivant les époques où l'on se place, les deux aspects de l'émancipation ont l'un vis-à-vis de l'autre une importance sans cesse changeante. Un mouvement insensible mais ininterrompu fait croître le second et diminuer le premier, au point d'être presque entièrement absorbé au moment de la rédaction des Codes.

#### SECTION PREMIÈRE

##### L'ÉMANCIPATION RÉPRESSIVE

###### § 1. *L'abdicatio.* — *Conditions ; formes ; effets.*

Tout d'abord, l'émancipation répressive. Il ne faudrait point chercher l'analogue du *kando* japonais et de l'excommunication chinoise dans l'institution que les classiques appellent *emancipatio*. Cette « mise hors de la famille », cette expulsion violente des enfants



insoumis que les pères de tous les temps et de tous les pays ont toujours employée d'instinct, et que nous voyons fonctionner encore comme pratique extra-légale au détriment de tant de jeunes Parisiens, ne pouvait pas s'effectuer au moyen de ces formes compliquées, que nous ont transmises les textes romains (Gaius, C. I, § 132). Ces formes se sont créées plus tard, nous verrons sous l'empire de quelles causes. Primitivement, on ne recourait pas en ces circonstances à l'*emancipatio*, mais à l'ABDICATIO.

Les textes juridiques ne nous parlent pas de l'*abdicatio* (1); les textes littéraires, surtout l'Institution oratoire de Quintilien, ses Déclamations et aussi les Déclamations de Sénèque le Rhéteur en font mention en de nombreux passages et nous donnent sur elle des détails assez circonstanciés. Le silence des fragments recueillis par les compilateurs de Justinien s'explique par ce fait que l'*abdicatio*, étouffée par une institution plus jeune, avait pris place depuis longtemps, à leur époque, dans l'archéologie juridique (2).

L'*abdicatio* pouvait intervenir par l'initiative libre de la famille; elle pouvait aussi être obligatoire et imposée par la nécessité de sa responsabilité collective. Cette distinction, indiquée plus haut à l'occasion du

(1) Sauf au C. 6, *De p. p.*, 8, 47.

(2) Dussault, dans son édition de Quintilien, a décrit l'*abdicatio* dans une note assez courte: les jurisconsultes s'en occupent en général fort peu.

*kando*, est nettement formulée par Quintilien (7, 4, 27). « On connaît deux motifs légitimes d'*abdicatio*, l'un à l'occasion d'un crime consommé, quand c'est par exemple pour cause de rapt ou d'adultère; l'autre, à l'occasion d'un délit encore pendant et pour ainsi dire conditionnel, quand c'est pour cause d'insoumission, de désobéissance (1). La répression pénale peut revêtir un double caractère — c'est là une distinction fondamentale — suivant que l'action coupable a été commise dans l'intérieur de la famille, de membre à membre; ou à l'extérieur de la famille, à l'égard d'une autre famille. Dans le premier cas, nulle difficulté : c'est affaire de politique intérieure; le père est juge : il a pour assesseurs cette réunion de parents et d'amis, *cognati* (Valère-Max., VI, III, 17; Tite-Live, XXXIX, 8), que l'on appelle le tribunal de famille. Parfois même il semble s'en passer et ses décisions sont sans contrôle. Peu à peu cependant l'appel fut admis devant le tribunal des centumvirs. Les causes de l'*abdicatio* sont très variées, les unes sérieuses, les autres frivoles. Nous voyons dans les textes un père *abdicare filium*, — on peut traduire renier son fils, puisque Festus nous dit : *abdicare est quasi non dicere et negare filium* (2) parce qu'il a tué son frère (Quintilien, IX, 2, 89). Ailleurs (VII, 1, 21) on nous parle d'*abdicatio* prononcée pour simple désob-

(1) Traduction Panckoucke.

(2) Molière, *Avare*, acte IV, scène v, dit : je te renonce pour mon fils.

béissance. Entre ces deux cas extrêmes, que de motifs divers ! M. Scaurus (Valère-Max, liv. V, chap. VII, p. 2) apprend que son fils a fui devant les Cimbres. Il se borne à lui écrire de ne jamais reparaitre devant son père, *conspectum degenerati patris vitaturum*. L'un se voit renié parce qu'il a fourni des aliments à sa mère adultère (Déclam. CCCXXX de Quintilien); l'autre, parce qu'il a épousé une courtisane (*Inst. orat.*, XI, 1, 82). *Abdicatur aliquis*, lisons-nous même ouvrage (VII, 4, 4), *quod invito patre militavit, honores petierit, uxorem duxerit*. L'incompatibilité d'humeur suffit : Auguste, à ce que nous raconte Suétone (*Vie d'Auguste*, 65), fut obligé de chasser Agrippa après l'avoir adopté : *Agrippam ob ingenium sordidum ac ferox abdicavit, seposuitque Sorrentum*, et Pline (*Histoire naturelle*, liv. VII, XLVI), met cette *abdicatio* parmi les malheurs de la vie d'Auguste, à côté de la défaite de Varus et des débauches de Julie. Certains *patres* romains avaient l'humeur irritable et l'*abdicatio* prompte, comme nous pouvons le voir dans certains thèmes des controverses de Sénèque le Rhéteur. Que dire de ce père reniant son fils parce qu'il a fourni des aliments à son oncle, et de cet oncle, qui, devenu le père adoptif de l'enfant, le renie à son tour parce qu'il a fourni des aliments à son vrai père ? (liv. I, contro. 1). Même susceptibilité, sanctionnée avec la même vigueur (liv. III, contro. 3); et enfin un motif particulièrement original (liv. II, contro. 1). Un père pauvre et ambi-

tieux pour sa race veut donner son fils en adoption à un millionnaire, qui déjà *tres filios abdicavit*. Le jeune homme refuse, et le père lui donne à choisir entre l'*abdicatio* et l'adoption, en lui rappelant l'exemple des Métellus et des Fabricius, des Æmilius et des Scipions.

Tous ces exemples et ceux que nous citerons plus tard convaincront certainement le lecteur de l'importance pratique de l'*abdicatio*, de cette institution si romaine, sans laquelle l'autorité paternelle aurait été si longtemps dans l'impuissance de s'exercer, et aussi le fardeau de la responsabilité collective dans l'impossibilité d'être rejeté.

Il faut, en effet, venir au cas où le délit ayant été commis de famille à famille, la question devient plus délicate. Il y a, comme aujourd'hui en droit des gens, deux souverainetés en présence, deux familles fortement organisées qui, primitivement, ne sont reliées entre elles que par le lien assez faible du pouvoir central. Or, quand deux souverainetés sont en présence et qu'elles émettent deux prétentions rivales, il n'y a qu'une solution : la force, c'est-à-dire la guerre privée, la vendetta. Ce droit, appliqué d'abord dans toute sa rigueur, fut remplacé peu à peu par le système des compositions pécuniaires. Mais, qu'on le remarque bien, du haut en bas de l'échelle des crimes et délits, qu'il s'agisse d'un assassinat ou d'un simple vol, la famille a le droit de répudier la solidarité qui la lie au voleur ou à l'assassin ; elle n'a qu'à le rejeter (*abdicare*) ou à le li-

vrer (*noxæ dedere*). « La responsabilité collective des tribus, sous-tribus et familles, nous dit sir Henry Sumner Maine dans ses *Études sur l'Histoire des Institutions primitives*, p. 216, remplace dans le droit brehon cette responsabilité pénale et, jusqu'à un certain point, civile, qui, dans nos institutions modernes, pèse sur l'individu. Mais on peut se préserver de l'encourir en forçant ou en décidant à s'éloigner des limites du groupe un de ses membres habituellement violent ou porté à la vengeance. Le livre d'Aicill expose la procédure à suivre en pareil cas ».

Nécessairement, ce genre de répression, — guerre privée, composition pécuniaire, — devait disparaître. Il n'existait que par suite de l'absence d'une autorité supérieure commune aux deux souverainetés. L'Etat grandi et fort devint cette autorité ; il devint, comme nous le dit le proverbe chinois, la grande famille englobant les petites familles. Ce caractère de l'État est si frappant, que son tribunal, celui des centumvirs, est un tribunal de famille jugeant sans règles, d'après l'inspiration plus ou moins heureuse de l'équité. Cependant, même au Bas-Empire (1), le vieil usage n'a pas complètement disparu : les délits, le vol, par exemple, sont les seules infractions dont la vengeance est encore poursuivie de famille à famille et arrêtée par l'emploi de l'abandon noxal.

(1) Instit., Justin., liv. IV, t. III, § 7.



Les autres cas ont été évoqués et retenus par les tribunaux ou l'Etat. C'est pour éviter toute responsabilité vis-à-vis de lui qu'on recourt à l'*abdicatio*, cette première catégorie d'*abdicatio* dont parle Quintilien (7, 4, 27), celle qui intervient pour un crime consommé ; c'est à lui aussi que l'on fait l'abandon noxal ; car, à notre avis, la *servitus pænæ*, où les interprètes voient ordinairement une déchéance analogue à la dégradation du soldat criminel ou à l'interdiction du prêtre indigne, n'est autre chose qu'une application du principe de l'abandon noxal. En cas de condamnation à mort (1) *ad metallum* ou *ad bestias*, l'Etat, groupe suprême et tout-puissant, une fois que la culpabilité est reconnue, exige la livraison du coupable, comme autrefois la famille lésée pouvait exiger la livraison de l'assassin, comme encore, au Bas-Empire, elle peut exiger la livraison du voleur. C'est là une analogie que la liaison étroite des institutions romaines conduit à admettre, — analogie, d'ailleurs, et rien autre chose : la *servitus pænæ* s'appliquant aux *patres*, ce que l'abandon noxal ne faisait pas.

Les textes que nous possédons sur l'*abdicatio* ne nous montrent aucune des applications de sa première utilité d'après Quintilien. Cela tient à ce que les Déclamations, qui constituent notre source la plus abondante,

(1) Voir l'argument de la L. 18, *De stat. hom.*, 1, 5. Précis d'Accarias, 1, 38, 1<sup>o</sup> en note.

ne trouvaient aucune occasion de se placer en cette circonstance. C'était, dans le cas prévu par la seconde partie du texte, qu'on les prononçait parce qu'il y avait alors un débat sur l'*abdicatio*, soit devant le tribunal de famille, soit devant le tribunal des centumvirs. Lorsque l'Etat jugeait, on ratifiait sa sentence par l'*abdicatio* et tout était dit. Cependant, Valère-Maxime nous a conservé le récit d'un cas assez particulier où l'Etat, par la bouche du dictateur César, réclame d'un père l'*abdicatio* de son fils pour motifs politiques. Le père, qui s'appelle Cæsetius, refuse par cette noble réponse : « Tu m'arracherais plutôt, César, tous mes fils, que de m'en faire déshonorer un seul en le chassant de ma présence » (liv. V, ch. vii, p. 2). Même livre, ch. viii, p. 3 et 4, nous trouvons une anecdote, peut-être plus curieuse encore, parce qu'elle nous montre, pour un crime commis vis-à-vis de l'État, deux juridictions parallèles : celle de l'État et celle du *pater*. Le fils de Manlius Torquatus est accusé d'avoir reçu de l'argent des alliés. C'est, on le voit, un crime de haute trahison. Le père demande au Sénat la permission de juger son fils ; pendant deux jours il instruit le procès, entend les témoins et rend à la fin une sentence de condamnation que nous étudierons plus tard, en nous occupant de la forme de l'*abdicatio*.

Donc, en résumé, si l'on examine les deux catégories d'infractions que nous avons distinguées, infractions commises dans l'intérieur de la famille, infrac-

tions commises hors de la famille, nous voyons, à l'époque où nos textes littéraires ont été rédigés, l'*abdicatio* pratiquée couramment pour les désobéissances à l'autorité paternelle comme aux temps antiques avec débat contradictoire; pour tous les autres cas, crimes ou délits commis vis-à-vis de l'État ou des particuliers, crimes et délits graves commis au foyer domestique, l'*abdicatio* n'est bientôt plus que de pure forme et finit par ne plus être usitée.

Nous avons étudié les causes qui motivaient l'*abdicatio* : nous allons passer à l'examen de la forme sous laquelle elle apparaissait.

Deux périodes peuvent être distinguées dans l'histoire des formes de l'*abdicatio* : une période sacerdotale et une période civile. Certains textes parlent d'une institution appelée *sacrorum detestatio*. N'était-ce pas la forme ancienne et hiératique de l'expulsion, la cérémonie solennelle, où le père, grand-prêtre du culte domestique, chassait ignominieusement le fils coupable loin du foyer des ancêtres ? Le droit pontifical, qui avait réglementé si soigneusement l'entrée de la nouvelle épouse dans sa famille (*confarreatio*) et aussi sa sortie (*diffareatio*) ne devait pas avoir oublié de formuler le rite de « la malédiction paternelle. » Au surplus, il faut se garder de rien affirmer en pareille matière : c'est un point comme il s'en trouve tant dans les sciences historiques, où la divination et la conjecture

règnent en maîtresses, et où le scepticisme seul est de bon goût.

Nos textes se placent tous dans la période civile de l'*abdicatio*. Voyez au passage cité plus haut (Valère-Max., chap. viii, p. 3 et 4), comment procède Manlius Torquatus. Il instruit l'affaire ; il entend des témoins. C'est un juge, c'est un préteur. Jadis le *pater* imitait le prêtre, ou pour mieux dire, il était prêtre. Maintenant il est magistrat.

Voilà le cérémonial de l'*abdicatio*, tel qu'on peut se le représenter, à l'époque des guerres puniques, par exemple, au moment où les vieilles mœurs aristocratiques n'ont pas encore été ébranlées par les richesses des vaincus. Le père siégeait seul ; souvent aussi le tribunal de famille l'entourait. Cependant l'influence de ce tribunal de famille ne paraît pas avoir été aussi considérable à Rome que dans les sociétés actuelles de l'extrême Orient. Le *pater* était moins surveillé, à certains égards. C'est seul, et sans conseil, que Manlius Torquatus prononce l'arrêt conservé par Valère-Maxime : « Attendu qu'il m'est prouvé que mon fils Silanus a reçu de l'argent des alliés, je le déclare indigne de la République et de ma maison, et je lui ordonne de fuir immédiatement de ma présence, *protinusque a conspectu meo abire jubeo*. »

C'était la forme solennelle de l'*abdicatio*. A côté, il y avait des formes plus simples et plus expéditives. M. Scaurus, en apprenant la fuite et le déshonneur de

son fils, se borne à lui écrire. L'*abdicatio* par lettre paraît avoir été usitée : dans la CCCXXII<sup>e</sup> déclamation de Quintilien nous voyons un père écrivant sur ses tablettes : *Abdico te, nisi desinis* — *abdicatio* par lettre, et qui plus est *abdicatio* conditionnelle — et il ajoute : *Si contradixeris, indicabo causas*.

Ce texte va nous servir de transition à la question de savoir si l'on pouvait faire appel de la décision du père.

Primitivement, d'après la note de Dussault, il n'y avait point faculté d'appel : plus tard, il fut permis au fils de porter l'affaire devant le tribunal des centumvirs.

Si nous voulons nous rendre compte de la manière dont ce recours fut introduit et organisé, nous n'avons qu'à songer à une institution bien connue de nous : l'exhérédation. L'*abdicatio*, en effet, nous le verrons en étudiant ses effets, est une exhérédation entre-vifs. « Nam quæ in scholis abdicatorum, hæc in foro exheredatorum a parentibus et bona apud centumviros repetentium ratio est. » Ainsi s'exprime Quintilien (*Inst. orat.*, VII, 4, 11). Or voici comment le recours contre l'exhérédation s'organisa, sous l'action de la coutume, à une époque antérieure à Cicéron (Labbé, *Institutes d'Ortolan*, éd. 1883, append. V, p. 737). « Le juge examinait et résolvait discrétionnairement, sans règle précise et tracée à l'avance : 1<sup>o</sup> si les parents qui se plaignaient étaient assez proches pour être écoutés ;



2° si les plaignants s'étaient ou non rendus indignes des droits de la parenté ; 3° si le testateur, n'ayant pas de torts à leur imputer, leur avait ou non laissé une part de sa fortune. La confiance inspirée par le juge compétent, qui était le tribunal électif très respecté des centumvirs voilait sans doute les dangers de l'arbitraire. »

L'organisation du *judicium abdicationis* fut exactement semblable. Elle remplaçait, sans aucun doute, la surveillance affaiblie des tribunaux de famille, en y substituant le contrôle du grand tribunal familial de la cité. La tâche du jury était plus simple qu'en cas d'exhérédation ordinaire. La première et la troisième question disparaissaient : la première, puisque le *pater* seul pouvait *abdicare* ; la troisième, car l'*abdication* n'était pas une demi-mesure. Elle entraînait la privation complète de toute part héréditaire : *Abdicatus ne quid patris capiat*, nous dit Quintilien (*Inst. orat.*, III, 6, 76). Restait donc la seconde, à laquelle les centumvirs répondaient librement, sans être liés par aucune disposition législative : ce qui nous est prouvé par ce fait « que pour l'exhérédation, l'appréciation discrétionnaire a été maintenue à cet égard jusqu'au Bas-Empire » (Labbé, *loco cit.*, voir nouvelle 115, chap. III, chap. IV).

Ainsi, le *judicium abdicationis* (Quint., VII, 4, 10 ; VII, 4, 25) ou les *actiones abdicationis* (VII, 4, 29), offrait le même aspect que la *querela inofficiosi testamenti*.

Il formait, avec la *querela* et quelques autres *judicia* (accusation pour mauvais traitements, accusation pour démençe) (Quint., VII, 4, 29), une classe à part : *Has causas, materias officiorum appellarunt, ut in foro querela inofficiosi dicitur* (Quint., l. VII, c. 5), et il intervenait après l'*abdicatio*, en quelque sorte répressive-ment, sur la réclamation du fils expulsé.

C'est que les effets de l'*abdicatio* étaient terribles, plus terribles que ceux de l'exhérédation, et que, par suite, elle devait être réservée aux vrais coupables.

Avant de les énumérer, il conviendrait peut-être de répondre à deux questions qui peuvent venir à l'esprit du lecteur :

1° Quelle confiance peut-on avoir dans les textes littéraires, quand il s'agit de résoudre un problème juridique?

2° Cette *abdicatio* n'est-elle pas un usage plutôt oriental que romain, ainsi que le fait supposer le texte 6 au Code *De patria potestate* : « *Abdicatio, quæ græco more ad alienandos liberos usurpabatur, et ἀποχήρυξις* » « *dicebatur, romanis legibus non comprobatur?* »

*Première question.* — Nous croyons qu'en général on peut avoir confiance dans l'exactitude des termes juridiques employés par les écrivains romains. Le droit jouait dans la vie romaine un rôle trop considérable pour que la langue en fût ignorée au moins dans ses éléments. Pour arriver aux honneurs, le Romain devait

connaître la science juridique ; il l'apprenait par force dans ses affaires privées, où il lui était difficile, au milieu d'un peuple de chicaneurs, d'éviter quelque procès. Enfin, ses longues flâneries sur le forum avaient pour principales distractions des sentences de juge et des plaidoiries d'avocat. Ambition, intérêt, plaisirs même, tout concourait donc à donner aux esprits les plus littéraires un tour juridique que l'on rechercherait en vain chez les romanciers et les journalistes d'aujourd'hui. Nous comprendrions fort bien, d'ailleurs, que, sur un seul témoignage littéraire, on hésitât à appuyer une argumentation ; mais lorsque les témoignages abondent et qu'ils viennent précis et concordants de Suétone et de Pline, de Valère-Maxime, de Quintilien et de Sénèque, nous croyons que l'on peut se laisser convaincre. Les textes de Sénèque et de Quintilien suffiraient. Que sont ces textes, en effet ? Des conseils et des modèles donnés aux jeunes orateurs, des cours faits à de futurs avocats. Au lieu de leur faire plaider des affaires récentes, on les fait exercer sur de vieux dossiers. « *Nam quæ in scholis abdicatorum, hæc in foro exheredatorum ratio est* », leur dit Quintilien. « L'institution que vous supposez exister est morte, mais elle a vécu au siècle dernier. Nous faisons à la fois un exercice pratique et une leçon d'histoire du droit. »

*Deuxième question.* — Le texte du Code n'a rien qui nous embarrasse après les textes déjà cités. Il prouve qu'à l'époque de Dioclétien l'*abdicatio* avait dis-

paru et depuis longtemps ; elle avait survécu en Grèce, ce qui s'explique par ce fait que l'exhérédation n'ayant pas pris en Grèce la même importance qu'à Rome, l'expulsion de la famille avait dû être conservée. Quant à faire de l'*abdicatio* un usage purement grec, il n'y faut pas songer. Manlius, Torquatus, Cæsetius et Auguste étaient-ils Grecs ? Tous les exemples cités ne nous montrent-ils pas qu'il y avait là un usage ancien et non pas une mode étrangère d'importation récente. Deux arguments décisifs combattent encore l'idée de l'origine grecque de l'*abdicatio* : d'abord l'examen comparé des peuples d'Orient, fait au début de cette étude, nous prouve que l'expulsion de la famille naît spontanément, sans qu'on ait besoin de copie ou d'imitation ; en second lieu les noms d'institutions empruntées à la Grèce sont grecs : hypothèque, emphytéose ; le mot d'*abdicatio* est foncièrement romain. Une institution ainsi empruntée ne descend pas, d'ailleurs, dans les couches profondes de la nation ; or, il y avait un peuple d'*abdicati* à Rome. Un jour ils assiègent le Sénat (Déclam., Quintil., XVIII) en réclamant leur pardon, et la Déclam. CCLIX nous parle d'œuvres de bienfaisance organisées pour les recueillir.

Les effets de l'*abdicatio* peuvent être examinés :  
I. Au point de vue de la famille. II. Au point de vue de l'*abdicatus*.

I. Au point de vue de la famille, nous serons très bref. L'intérêt de l'*abdicatio* consistait particulière-

ment dans le rejet de la responsabilité solidaire. Mais aux époques historiques la responsabilité solidaire n'est plus paralysée par ce moyen. Ou bien c'est l'État qui poursuit, et alors une double distinction doit être faite. En cas de crime commis par le *pater*, les biens de la famille peuvent être confisqués (L. 1, pr. XLVIII, 20 ; si le crime est commis par un des enfants, le patrimoine familial reste de droit sain et sauf (L. 3, C. IX, 49). Ou bien la poursuite vient de la famille lésée, et alors le seul remède c'est le payement ou l'abandon noxal.

II. Au point de vue de l'*abdicatus*, les effets sont triples : privation du culte, privation de la vie commune, privation de l'héritage.

α. Et d'abord l'*abdicatus* est un excommunié. Les mânes des ancêtres n'acceptent point leur nourriture d'une main souillée ; le père, prêtre souverain, signifie en leur nom la sentence, et brise le lien qui rattache le coupable au sanctuaire familial. L'analogie est tellement frappante avec l'excommunication chrétienne, que l'Eglise grecque la désigne du nom d'ἀποκήρυξις, équivalent exact d'*abdicatio*. Comme l'excommunié, l'*abdicatus* était déshonoré : « *Illud parum est notari infamia ?* » dit un *abdicatus* dans une des déclamations de Quintilien (CCLX). « Tu ne me feras pas déshonorer un seul de mes enfants par l'*abdicatio* », répond Casætius à César. Le plus souvent l'*abdicatus* se tuait, comme le fils de Manlius Torquatus et le fils de



M. Scaurus, dans Valère-Maxime. Le fait ne doit pas nous surprendre : le fils du Samouraï, — le patricien japonais, — survit rarement à l'arrêt prononcé contre lui par son père ; seulement, au lieu de se pendre comme Manlius ou de se percer de son épée comme Scaurus, il a recours au célèbre harakiri (1). La charité privée pouvait le recueillir, mais il fallait, pour oser recevoir un *abdicatus*, un certain courage vis-à-vis de l'opinion publique, qui trouvait parfois le moyen de se venger. (Déclam. de Quint. CCLX. *Pastor abdicatum.*)

β. La vie commune n'existe plus : cela ne représente pas à nos esprits habitués au spectacle des sociétés modernes l'image d'un supplice bien cruel ; c'en était un, cependant, dans les sociétés antiques, composées de groupes fermés et compacts, où l'individu devait se classer nécessairement, pour trouver la paix et la sécurité. L'isolement était complet pour l'*abdicatus* ; jusqu'à ce qu'il eût été pardonné, — l'*absolutio* est le mot technique qui fait pendant à l'*abdicatio* (Quint., *Inst. orat.*, IV, 2, 95), — il était le chef et l'unique membre d'un groupe nouveau. Pour lui son père était un étranger. Il pouvait plaider contre lui (Quint., IX, 2, 89) ; il pouvait le racheter des mains de ses créanciers et l'affranchir (Quint., Déclam. XIV) ; il n'avait plus de père. « In pestilentia (nous dit la Déclam. XIX)

(1) L'ouverture du ventre.

« *responsum est finem futurum immolato eo, qui pater non haberet. Offert se abdicatus.* » Les uns ne pouvaient pas, comme nous l'avons vu, supporter la perspective d'une telle vie. D'autres se mettaient courageusement à l'œuvre et se créaient une situation au milieu de cette société qui les repoussait : « *Abdicatus medicinæ stultuit*, dit Quintilien (*Inst. orat.*, VII, 2, 17). A qui allait, en cas de décès, la fortune que l'*abdicatus* pouvait ainsi amasser ? Au *pater* ou à l'État ? Les textes sont muets sur la question. Si l'on songe que, jusqu'à Constantin, le père put toujours revendiquer l'enfant qu'il avait exposé jusqu'entre les mains de l'éducateur, on sera bien tenté d'admettre qu'il pouvait toujours imposer son *absolutio*. C'est ce que suppose à notre avis la Déclam. XIX que nous venons de citer. Mais s'il a le droit de considérer la personne du fils comme n'étant pas sortie de la famille, il a évidemment le droit de considérer le patrimoine de celui-ci comme faisant partie du grand patrimoine familial. C'est un pécule qu'il reprend.

7. Le petit-fils qui devait être exclu par l'*abdicatio* était écarté de l'héritage : *abdicatus ne quid bonis patris capiat*. (Quint., *Inst. orat.*, III, 6, 76) *nilil habeat* (Déclam. CCCLXXIV) et ce principe nous est présenté comme un fragment d'ancienne loi. L'héritage dans les familles patriarcales, en effet, n'est autre chose que le droit au partage du domaine cultivé par la communauté. Dans ses intéressantes études sur la Russie, M. Ana-

tole Leroy-Beaulieu compare le droit de succession des paysans russes au droit de partager l'actif qui appartient aux associés dans nos législations occidentales. A la dissolution de la société, chaque actionnaire prend sa part de l'actif social. A la dissolution de la communauté familiale, chaque associé, c'est-à-dire chaque couple travaillant sur la terre, recueille sa part du domaine. Il ne saurait être question d'admettre le fils ou le parent qui demeure au loin. La justice s'y oppose ; il n'a rien mis dans la masse commune : il n'a rien à prendre sur l'avoir commun. La copropriété, fondement du droit au partage, est basée sur la coopération. Les mêmes idées subsistent lorsqu'à la propriété collective s'est substituée la propriété individuelle et l'hérédité. Aussi le mot ἀποκλήρυξις signifiait-il aussi exhérédation, et de fait, l'émancipation est le seul mode d'exhérédation des anciens âges. Parfois, cependant, les frères de l'*abdicatus* ne voulaient point se prévaloir de la situation acquise. Ce n'est pas qu'il y ait doute : les droits de l'*abdicatus* sont absolument détruits et on ne le discute pas (Quint., III, 6, 96). Mais la colère de leur père leur paraît peu justifiée, et l'intérêt personnel n'a que peu de prise sur eux. Voyez plutôt ce frère qui, au livre VI des Déclam. de Sénèque : « Fratri abdicato chirographum dedit, dimidium se partem hereditatis daturum, si non respondisset irato patri. » — « Meæ partis heres ero, dit-il, tuæ custos. » On ne saurait mieux faire ressortir

toute la rigueur du droit qu'en montrant les combinaisons pratiques que pouvaient suggérer les délicatesses de l'amour fraternel.

## § 2. *Le mancipium.*

Voilà donc étudiée dans ses causes, sa forme et ses effets, cette vieille émancipation répressive que les Romains ont employée pendant tant de siècles. Il convient d'ajouter que la vente, le *mancipium*, suppléait à l'*abdicatio* : nous l'avons vu déjà dans la *noxa* et le rapprochement entre les deux usages a été fait plus haut. On peut encore se figurer la vente des enfants intervenant comme châtiment des résistances indociles, de telle sorte que le *mancipium* réunirait les deux utilités de l'*abdicatio* : rejet de la responsabilité collective, sanction de l'autorité du père. N'est-ce pas à ce second rôle de la vente que Denys d'Halicarnasse fait allusion dans ce fragment classé comme sixième loi de Romulus, par M. Giraud, dans son *Enchiiridion* « Romulus omnem potestatem in filium patri concessit, sive eum in carcerem conjicere, sive flagris « cedere, sive vinctum ad rusticum opus detinere, « sive occidere, vellet ...Quin etiam filium vendere « patri permisit. » Et dans cet autre passage (Numa, loi 9) : « In legibus Numa scriptur est, si pater permi-

« serit filio uxorem ducere..... patri posthac nullum  
« jus esto vendendi filium. » Peut-être le *mancipium*  
était-il plus usité dans les basses classes, et l'*abdicatio*  
des classes supérieures : les exemples d'*abdicatio* ten-  
draient à nous le faire admettre.

## SECTION II

### L'ÉMANCIPATION LIBÉRATRICE

#### § 4. *Emancipation de fait.*

Il s'agit maintenant d'étudier l'émancipation libé-  
ratrice. A notre époque elle n'existe que par équi-  
valent, c'est-à-dire qu'une institution particulière la  
remplace, et que l'on ne voit point, sauf dans deux  
cas exceptionnels, la rupture du lien familial inter-  
venir comme récompense de l'esprit de personnalité.  
Cela se comprend ; la religion, les mœurs, l'état social,  
tout portait à considérer le bonheur comme impossible  
hors du cercle tutélaire de la puissance paternelle.  
D'ailleurs les *patres* romains, tout en maintenant leur  
pouvoir absolu, s'appliquaient à le faire sentir le moins  
possible. Il y a là un procédé analogue à celui qui a si  
bien réussi aux politiques patriciens contre les attaques  
plébéiennes : une capitulation sur le terrain du fait qui

a pour conséquence le maintien du *statu quo* sur le terrain du droit. Le pécule, non pas le pécule *castrans* ou *quasi castrans*, mais le pécule en général, ensemble des acquisitions du fils et des biens paternels laissés en jouissance, voilà ce qui permet de constituer une sorte d'émancipation coutumière, qui détruisait en partie le désir et l'utilité de l'émancipation légale. Les textes — assez nombreux — en font foi. Ihering les a réunis pour la plupart, nous allons en analyser quelques-uns.

Valère-Maxime (5, 8, 2) nous dit de Sp. Cassius, l'auteur de la célèbre loi agraire, que son père le fit mettre à mort, et consacra son pécule à Cérès, *ac peculium ejus Cereri consecravit*. Si nous ajoutons à ce texte ce que nous lisons un peu plus loin (6, 3, 1) sur Manlius : *Domum eo loci habuerat ubi nunc ædem Monetæ videmus* (1), nous arriverons, en nous rappelant que Manlius était *filius familii*, à la même conclusion que le savant auteur de l'*Esprit du droit romain* : même aux premiers siècles de la République, « beaucoup de « fils de famille possédaient pendant la vie de leur « père, une fortune importante et un train de maison « propre (2). » Cicéron dira plus tard dans le *Pro Roscio*, « son père même de son vivant lui avait abandonné le revenu de certains domaines : *certis fundis*,

(1) Tacite dit aussi de Sp. Cassius, liv. II, VI, *dirutas publice ædes*.

(2) Ihering, *E. du D. r.*, t. II, p. 207.



*pater vivo, frui solitum esse*, ce que les pères ont coutume de faire, *quod consuetudine patres faciunt*. (*Pro Roscio*, p. 15). Cette sage coutume se fortifia et s'étendit avec les siècles ; elle se combinait fort bien avec la liberté testamentaire ; ce fut même probablement une des causes de cette révolution si étonnante consacrée par la loi des Douze Tables ; seul un partage testamentaire permettait, en effet, de faire passer dans le lot du fils ces villas et ces fermes où sa vie presque entière s'était écoulée (1). Jouissant ainsi avant le temps de

(1) La question si difficile des origines du testament romain est peut-être rendue moins obscure par ce que nous venons de dire.

Nous inclinons à croire que le testament, à Rome comme en Germanie (*Tacite, Germ.*, 20), fut d'abord inconnu.

Qui tenait sa place à cette époque en quelque sorte pré-historique ?

*Premier cas.* — Le *pater* n'a pas d'enfants. Il a recours à l'adoption, qui est primitivement une institution d'héritier. Il peut recourir aussi à une vente *in extremis*, à charge ou sans charge de rendre (testament *per æs et libram*).

*Deuxième cas.* — Le *pater* a des enfants.

α. Si un enfant est indocile, on l'écarte par l'*abdicatio*.

β. Les autres vivent le plus souvent en commun, comme les frères *Ælius* (*Valère-Max.*, liv. IV, ch. iv, 8).

Mais les communautés se dissolvent de plus en plus sous l'influence du principe : nul ne peut être contraint de rester dans l'indivision. Rien n'est désastreux dans les sociétés patriarcales comme les dissolutions de communauté (v. *Le Play, Monogr. des paysans russes de l'Oka*, § 28, *Ouvriers européens*, t. II). Le père cherche à en empêcher les funestes effets par

presque toute sa part héréditaire, le *filius familias*, le jeune maître, *herus minor* (Plaute) n'aspirait point à rejeter cette *patria potestas* qui le gênait si peu. Le jurisconsulte Paul pouvait écrire (D., XXVIII, II, 41) :  
« Post mortem patris non hereditatem percipere (libere) videntur, sed magis liberam administrationem consequuntur. »

## § 2. *Cas spéciaux d'émancipation.*

Les deux cas exceptionnels d'émancipation — il faut bien dire le mot, quoique les textes y répugnent — sont indiqués aux notes 130 et 131 du C. I de Gaius. Ce qui fait leur originalité, c'est qu'ils représentent, huit siècles d'avance, l'émancipation des derniers temps de l'empire romain. Le premier cas est indiqué

un partage d'ascendant à cause de mort rédigé comme celui du Bachkir de l'Oural (même vol., § 12), avec le concours du prêtre (moullah) et des anciens. A Rome, le testament se fait d'abord *calatis comitiis* (c'était la réunion des chefs de famille), et en présence des pontifes.

Le testament après avoir partagé le patrimoine du père, contient aussi parfois des *abdicationes* qui prennent le nom d'exhérédations.

Le dernier pas à franchir, l'institution d'un étranger, ne l'aurait peut-être pas été avec autant de décision sans le voyage des décemvirs.

en ces termes : « Olim quoque, quo tempore populus  
« Romanus in Latinas regiones colonias deducebat,  
« qui jussu parentis profectus erat in latinam colo-  
« niam, e patria potestate exire videbatur, cum qui  
« ita civitate Romana cesserant acciperentur alterius  
« civitatis cives. » On le voit, dans l'intérêt de leurs  
colonies, les Romains étaient arrivés à pratiquer de  
bonne heure l'essaimage par émancipation. Ce simple  
*jussus*, que l'on exigeait, contraste étrangement avec  
les formes compliquées de l'émancipation par *manci-  
pium* et affranchissement. — Le deuxième cas est plus  
curieux encore ; il s'agit de la consécration des Ves-  
tales et du flamine dial ; il y a là l'application de cette  
idée que la soumission à la *patria potestas* emporte un  
état d'infériorité incompatible avec les hautes fonc-  
tions religieuses et politiques. Celui qui sacrifie pour  
le peuple romain, celui qui commande ses armées, ou  
rend la justice en son nom ne doit pas avoir au-dessus  
de lui une puissance domestique ; c'est le principe qui  
a dicté les réformes de Justinien (L. 5, C., *De consul.*,  
XII, 3 ; L. 66, C., *De decur.*, X, 39). Il s'était déjà  
présenté à la pensée des législateurs inconnus qui ré-  
glementèrent l'antique religion de Vesta et de Jupiter,  
favorisé peut-être par certaines idées pour nous fort  
obscurres que l'imagination attachait au culte de ces  
deux divinités.

Quoi qu'il en soit, cette émancipation, à laquelle le  
grand pontife procédait dans une *inauguratio* so-

lennelle, différait absolument, aux yeux des Romains, de l'émancipation ordinaire. Servius (*Ad Æn.*, XI, 206) était frappé de cette situation extra-légale : *legibus non tenentur*, disait-il du flamine dial et de la vestale. Ainsi, pour la vestale, si nous nous rapportons au passage si curieux où Aulu-Gelle analyse le commentaire d'Antistius Labéon sur la loi des Douze Tables, nous lisons les lignes suivantes : « Elle ne peut hériter d'un citoyen *ab intestat*; nul ne peut hériter d'une vestale morte sans testament. On prétend que ses biens retournent à l'État. On cherche quels peuvent être les motifs de cette loi » (Aulu-Gelle, I, XII). D'autre part, Gaius (C. I, 143) nous dit : « (Virgines « vestales) veteres in honorem sacerdotii liberas esse « voluerunt : itaque etiam lege XII tabularum cautum « est » ce qui n'était que logique. La puissance du tuteur est le prolongement de celle du père : du moment que celle-ci est détruite comme incompatible avec la dignité du sacerdoce, celle-là est nécessairement étouffée dans son germe. Jusque-là, la question de tutelle mise à part, les effets de l'inauguration des vestales nous sembleraient assez peu différents des effets de l'émancipation : elle perd, comme l'émancipé le culte des ancêtres, mais pour se consacrer au culte du foyer de la cité; la vie de famille n'existe plus pour elle. Dans toutes les descriptions de cette cérémonie, qui devait être une des plus imposantes du rituel romain, on ne manque pas de nous parler des lamen-

tations de la mère et des aïeules (1). Elle n'a plus droit à aucune part de la fortune paternelle : et c'est là l'objet spécial du texte d'Aulu-Gelle. Mais il existe cependant entre les deux situations une différence, une différence capitale, qui faisait refuser à cette extinction de la puissance paternelle le nom exact, technique d'émancipation. « Dès qu'une jeune fille a été prise, qu'elle a touché le seuil du temple de Vesta, et qu'elle a été livrée aux pontifes, elle est, sans émancipation et sans *capitis deminutio*, soustraite à la *patria potestas* » (Aulu-Gelle, *loc. cit.*). Cette différence réside dans la *capitis deminutio*. Or, qu'est-ce que la *capitis deminutio*? Il y a là une question délicate que nous traiterons un peu plus loin.

§ 3. *Mancipium et affranchissement; conditions; formes; effets.*

L'émancipation de fait, les deux cas exceptionnels, sont maintenant connus. Il faut donc s'occuper de cette institution similaire qui a, dans la première partie de l'histoire du droit romain, tenu la place de l'émancipation, au moins pour le second de ses rôles. Cette institution, c'est le *mancipium*. Que le *mancipium*

(1) V. par ex. *Rome au siècle d'Auguste*, Dezobry, t. II, p. 103.

ait été le germe, le principe d'où est sortie l'*emancipatio* de l'époque classique, c'est ce que la forme même de cette *emancipatio* nous paraît montrer assez clairement. Une vente d'abord, puis un affranchissement, affranchissement qui intervient si l'acheteur le veut, quand l'acheteur le veut (Ulpien, frag., titre X, § 1). Lorsque l'enfant mancipé était un fils, une complication nouvelle résultait d'une prescription de loi des Douze Tables; elle avait déclaré que trois ventes étaient nécessaires pour briser le lien qui rattache le fils au *pater* : *Si pater filium ter venumdabit, filius a patre liber esto*. Probablement, dans l'esprit du législateur romain, c'était une précaution prise à la fois dans l'intérêt du père et dans celui du fils. Le père ne perdait pas sans retour, à moins d'une volonté persistante et trois fois renouvelée, ses enfants mâles, les plus précieux toujours chez les peuples guerriers; le fils pouvait espérer d'être réuni de nouveau au groupe familial, auquel il ne cessait pas absolument d'appartenir. Or, les mancipations étaient espacées, c'est-à-dire qu'elles étaient de vraies mancipations. Comment définissait-on le mot *emancipatus* à Rome? « *Emancipatus*, nous dit Festus, désigne à la fois celui qui est sorti de la puissance paternelle et celui qui est passé sous la puissance d'un autre ». Ainsi, l'examen de la forme juridique de l'émancipation et du terme qui la désigne nous permettent d'affirmer que la *mancipatio*, la livraison de l'enfant avec ou sans prix, a précédé la mise hors de la



famille pure et simple, sinon les rites compliqués de l'*emancipatio* n'ont plus de sens. L'esprit romain, si pratique et si net, qui avait trouvé le *jussus* suffisant pour le cas d'expatriation dans les colonies latines, serait allé se perdre sans utilité et sans profit dans les détours et les subtilités !

Le père qui avait trop d'enfants les vendait, les mancipait. Cette coutume ne disparut jamais entièrement à Rome. Dioclétien (Code de Justinien, IV, XLIII, 1) cherche sans succès à la faire disparaître. Constantin (Code Théod., V, VIII, 1) et Justinien (Code de Justinien, IV, XLIII, 2) furent obligés de la reconnaître au moins en partie. Cette vente des enfants, d'ailleurs, pouvait se présenter sans aucun des caractères odieux qu'elle revêt dans notre société actuelle. La vente des enfants en bas âge aux saltimbanques et autres gens de même espèce, que la lecture des romans et des faits divers nous fait placer en première ligne, n'occupait certainement que le deuxième rang dans les usages des vieux Romains. Vendre ses enfants, c'était les « placer ». Primitivement, ne vendait-on pas sa fille pour la marier ? Les rites de la *coemptio in manum* ne sont-ils pas, bien qu'affaiblis et déformés, les rites de l'achat de la femme, tels qu'ils sont pratiqués actuellement chez les peuples asiatiques ? Quand on vendait son fils, d'ailleurs, ce n'était pas toujours pour le placer comme « domestique libre » auprès de l'acheteur. On l'aurait vendu exactement de la même façon pour le faire

adopter (1). Les praticiens romains liaient toujours dans leurs écrits l'étude de l'adoption et celle de l'émancipation. *De adoptionibus et emancipationibus*, nous dit la rubrique du liv. I, t. VII du Digeste. La forme qui les produisait était la même, sauf quelques différences. On recourait au *mancipium* dans les deux cas. Plus anciennement, l'*abdicatio* elle aussi paraît avoir été pliée aux deux usages : « Consuetudo apud antiquos fuit ut qui in familiam transiret prius se abdicaret ab ea in qua natus fuerat » (Servius, *ad Æn.*, II, 156) (2). Le but était aussi le même par un certain côté. Par l'adoption comme par l'émancipation, le père arrivait à établir honorablement hors de la terre patrimoniale, devenue trop étroite, les membres d'une famille sans cesse croissante. L'adoption les faisait passer dans une maison de même rang avec la situation de fils ; le *mancipium* les mettait dans la « domesticité » (3)

(1) Cela est si vrai, qu'à l'époque classique, on arrivait au même but que l'adoption par une simple tradition. (Voyez la loi 132, D., 48, 1, *De verbor. oblig.*). Le texte est de Paul. Le père n'emploie pas les formes compliquées de l'adoption avec ses mancipationes, affranchissements, *in jure cessio*. Une simple tradition, une simple vente intervient, avec une clause pénale, pour le cas où l'acquéreur aurait l'idée de mettre l'enfant à la porte de chez lui.

(2) Cité par Fustel de Coulanges, *Cité antique*, 1878, 7<sup>e</sup> édit., p. 57.

(3) Nous cherchons à exprimer par ce mot la situation servile (*loco servi*) de l'homme libre, *in mancipio*.

et par l'affranchissement dans la clientèle d'une maison plus riche.

Le *mancipium*, en effet, plaçait l'enfant dans la situation d'un esclave (*loco servi*, Gaius, I, § 123) vis-à-vis de son acheteur. Les effets étaient ceux de l'esclavage, mais adoucis par cette idée que l'on avait affaire à un homme libre. Les textes sont d'ailleurs fort peu explicites à leur égard, car ils sont postérieurs à l'époque où le *mancipium* fut d'un usage courant.

L'individu *in mancipio* faisait partie intégrante du groupe dont son *dominus* était le chef, sa personnalité était étroitement soumise à celle du *paterfamilias*. Par suite, ses dieux étaient les dieux du maître, la communauté de famille entraînant la communauté de culte. Sa volonté devait être la volonté du maître, tous les membres de la famille ne doivent-ils pas s'incliner devant les ordres du *pater*? Celui-ci avait pour rappeler son subordonné à l'obéissance un pouvoir de correction moins complet que sur l'esclave (Gaius, I, § 141), mais sans doute encore assez efficace. Toutes les acquisitions de l'*in mancipio* vont s'ajouter au patrimoine du chef (G., II, §§ 86 et 90), c'est pour lui qu'il travaille (*Collatio leg. Mosaic.*, tit. II, c. III), son temps et sa peine ne lui appartiennent pas. Il peut occuper une situation analogue à celle de nos ouvriers des villes, surtout celle de nos apprentis. Si l'on connaissait mieux le régime du travail dans la Rome primitive, on verrait probablement qu'une large place y était occupée par le *mancipium*. Un maître-ou-

vrier, chef de petit atelier, achetait de ses parents un jeune garçon pour en faire l'aide de sa besogne quotidienne. C'est une combinaison bien connue des ramoneurs du <sup>xix</sup><sup>e</sup> siècle. Mais le *mancipium* jouait aussi son rôle dans l'économie rurale. De vastes surfaces ont pu être cultivées à certaines époques par ces individus *in mancipio*. Sir Henry Sumner Maine, dans ses études sur l'*Histoire des Institutions primitives*, nous dit que, sur le territoire de chaque tribu irlandaise, se rencontraient certaines classes de personnes dont l'état se rapprochait de l'esclavage. « Parmi ces classes, certaines dépendaient directement du chef et étaient spécialement à son service, elles cultivaient son domaine particulier et faisaient paître ses troupeaux; ou bien, établis par lui sur les terres vagues de la tribu, y formaient des colonies séparées... Elles étaient composées de *fuidhirs*, étrangers ou fugitifs des autres territoires, hommes qui avaient brisé le lien tributif originel auquel ils devaient leur place dans la communauté ». Or, « quelques mots que nous a transmis le grammairien Festus et qui lui étaient venus sans doute de fort loin (Fustel de Coulanges, *Le Domaine rural chez les Romains*, *Revue des Deux-Mondes*, 15 septemb. 1886, p. 344), nous montrent chaque chef de famille patricienne, chaque *pater* au sens ancien du mot, distribuant des lots de sa terre aux petites gens ». Qu'étaient ces petites gens? « Des cliens, des plébéiens, des prolétaires », répond M. Fustel de Coulanges. Sans doute,

mais en spécifiant; c'étaient des *abdicati*, c'est-à-dire des *fuidhirs*, qui se donnaient en *mancipium*, car, dans les législations primitives, nulle prescription n'existe analogue à notre art. 1780 du Code civil. On peut engager jusqu'à un certain point sa liberté (1). C'étaient aussi des hommes directement cédés par leur chef de famille. Aussi, le savant historien aurait-il pu, dans le tableau qu'il nous a tracé de la propriété foncière à Rome, placer la culture du *mancipium* entre la culture par groupes d'esclaves ou par tenure servile et le fermage que l'on peut appeler libre. Il aurait pu aussi nous montrer la tenure du *mancipium* libéré à côté de celle de l'affranchi.

Le *mancipium* prenait très souvent fin par l'affran-

(1) Sans doute, à Rome, la liberté était inaliénable, en ce sens que l'on ne pouvait devenir esclave par convention (Ulpien, 7, 40, 12). Mais comme le dit Quintilien, *aliud est servum esse, aliud servire*. On pouvait primitivement engager ses services par le *nexum*, et se réduire à un état de dépendance quasi-servile vis-à-vis du créancier non remboursé (v. *Cité antique*, p. 345). A l'époque classique, les individus qui se louaient pour combattre dans l'arène n'étaient point considérés comme des hommes libres ordinaires. On pouvait les tuer dans certains cas comme des esclaves (Paul, *Collat. leg. Mosaïc.*, 4, 3, 2). Celui qui les dérobait (*subripere*) commettait un *furtum* (Gaius, 3, 199). Ils ne pouvaient pas prêter témoignage (Ulp., *Collat.*, 9, 2, 2). Daremberg et Saglio, au mot *auctoramentum*, indiquent d'autres cas d'*auctoratio*. — N'est-il pas permis dès lors de supposer qu'aux premiers siècles de l'histoire de Rome, on ait pu se donner en *mancipium* ?

chissement. L'ouvrier laissait son apprenti, devenu homme fait, travailler à son compte. Le propriétaire foncier cherchait à donner au travail de son fermier *inmancipio* le stimulant de la liberté. Celui-ci restait possesseur du petit lot de terre qu'il avait cultivé jusque-là pour son maître avec sa femme et ses enfants (arg. tiré de Gaius, I, § 35). Parfois même, le précaire se transformait en *dominium ex jure Quiritium*. Mais dans tous les cas, sa famille, qui l'avait répudié autrefois, n'était pour rien dans sa prospérité nouvelle. La vie de citoyen libre et propriétaire lui venait de ce *manumissor* qu'il avait traité si longtemps de *dominus*. Ce point de vue explique seul les rapports établis par la coutume entre le *manumissor* et l'émancipé au sujet des droits de tutelle et de succession.

Vis-à-vis du groupe familial auquel il avait appartenu, en effet, la situation de l'*abdicatus* et du *mancipium* était la même (1) ; ce que les textes disent d'un cas, ils le répètent de l'autre : c'est toujours la même séparation absolue que le Russe exprime dans son proverbe populaire « le morceau coupé ne fait plus partie de la miche ». Sa vie ancienne et sa vie nouvelle avaient entre elles un abîme : sa personnalité s'était transformée dans ce passage : *caput minuitur*.

Nous touchons ici aux origines de la *capitis minutio*

(1) Mais le père ne peut l'y faire rentrer que par une adoption (Dig., L. 12, liv. I, tit. VII).



et de la fameuse règle : *per capitis minutionem liberatur*. L'*abdicatio* et le *mancipium* contiennent, en effet, tous les cas de *capitis minutio*, si l'on en excepte l'adrogation (1). Cela explique, croyons-nous, certains textes dont Savigny avait tiré des arguments pour son système de l'amointrissement de la capacité antérieure, et que ses adversaires, dont la théorie est cependant certaine, ne sont peut-être pas arrivés à réfuter complètement. Il y a, cela n'est pas douteux, une idée défavorable attachée à cette expression de *capitis minutio*, une idée défavorable et rien de plus. Que signifierait sans cela le texte d'Aulu-Gelle où, parlant de la consécration de la jeune vestale, il rejette l'idée de *capitis minutio*? Bien plus, que signifierait le terme générique de *capitis minutio* exprimant ses trois changements : perte de la liberté, perte de la cité, perte de la famille? (Paul, L. 11, l. IV, t. V, Digeste). Pourquoi les jurisconsultes romains ont-ils groupé sous un vocable unique ces trois actes de la vie juridique, qui nous semblent si dissemblables? C'est que de leur temps il existait entre ces trois accidents de la vie humaine des ressemblances extérieures qui frappaient tous les esprits. Ces ressemblances, l'*abdicatio* et le *mancipium* nous permettent de les retrouver. Nulle difficulté d'abord pour la *maxima* et la *media capitis*

(1) Le texte de Servius, cité p. 51, nous permet de l'y faire rentrer.

*minutio*. L'esclavage et l'exil (interdiction de l'eau et du feu) ont trop de traits communs pour qu'il soit utile d'y insister. C'est entre les deux premières causes de *capitis minutio* et la troisième la *minima*, que le rapprochement semble le plus difficile. Il n'en est rien. Comment sortait-on de la famille en cas de *capitis minutio minima*? Par l'*abdicatio* qui était l'exil; par le *mancipium* qui était l'esclavage (Paul, L. 3, § 1, D., IV, 5). Peut-être même qu'en se représentant ces époques lointaines on arriverait à donner la première place à la sortie de la famille. Le groupe familial est tout ou presque tout, qu'on ne l'oublie pas. L'État ou la cité n'est qu'une agglomération de ces groupes. Quant à la grande communauté des hommes libres opposée à la grande communauté des esclaves, c'est une idée philosophique et par conséquent récente. Matériellement l'esclavage, la perte de la cité se manifestent par la sortie d'une tête hors d'une famille : par une *capitis minutio*. *Minuere* signifie proprement couper, mettre en morceaux; et le sens de *caput* nous est indiqué par l'axiome aussi vieux que la *capitis minutio* : « Noxa « caput sequitur. » — « Injuriarum et actionum ex delicto venientium obligationes, dit Ulpien, L. 7, § 1, « *Decap. min.*, cum capite ambulat. » L'expression a commencé par désigner un fait matériel : elle a fini par désigner une transformation juridique, *prioris status commutatio* (Instit. Just., L. 1, t. XVI, pr.), et dès ce moment là, comme il y avait au sortir de la

famille, trois routes différentes en quelque sorte, il y eut trois *capitis minutiones*.

C'est également à l'époque de l'*abdicatio* et du *mancipium* que l'on pénètre admirablement le sens de la règle *per capitis minutionem liberatur*. Pour comprendre l'expression de *capitis minutio*, il faut songer au groupe, non à l'individu. Pour comprendre la règle *per capitis minutionem liberatur*, il faut se tenir au même point de vue. Lorsque l'individu était retranché de la famille (*capite minutus*) les dettes pénales qui avaient engagé la responsabilité commune étaient éteintes. C'était même précisément dans ce but qu'on recourait au *mancipium* et à l'*abdicatio*. Lui, au contraire, n'était point quitte envers la famille offensée : *Noxa caput sequitur* (L. 2, pr. II, 9. L. 43. *De nov. act.* L. 1, C. III, 41). La vengeance de ses ennemis n'était pas satisfaite par la perte de tous ses droits de famille, de tous les biens qu'il possédait et de ceux qu'il pouvait espérer. Quand la responsabilité collective se fut atténuée, et que l'on se préoccupa de la situation de l'individu bien plus que de celle du groupe, la règle *per capitis minutionem liberatur*, visa l'évanouissement des dettes civiles qu'entraînait la *status permutatio*.

*Mancipium* et *abdicatio* devaient d'ailleurs se fonder dans une institution nouvelle.

---

## CHAPITRE II

### L'ÉMANCIPATION ET LES RÉFORMES DU PRÉTEUR

#### SECTION PREMIÈRE

##### CONDITIONS ET FORMES DE L'ÉMANCIPATION

###### § 1. *Le pater est le manumissor.*

Jusqu'ici nous voyons les deux institutions du *mancipium* et de l'*abdicatio* fonctionner parallèlement, pour ainsi dire, sans se confondre, sans se mêler. Chacune a son but différent exprimé par des expressions absolument dissemblables. L'une sert à établir les enfants à qui le père ne veut pas confier la charge de continuer la famille, l'autre sert à punir les indociles. Elles vont maintenant se confondre, sous la double influence de la pratique individuelle et de la pratique des tribunaux ; elles ne feront plus qu'une, elles ne porteront plus qu'un nom unique : *emancipatio*.

C'est, à notre avis, le jour où la clause de *fiducie* a

été ajoutée à l'émancipation de l'enfant, que l'émancipation au sens classique du mot a été créée. Cette clause était fort ancienne en droit romain. Elle accompagnait le *nexum*, ce vieux contrat tellement lointain que les interprètes les plus perspicaces ne semblent pas en avoir une vue bien nette (1). Si les Romains ne l'ont pas adjointe plus tôt au *mancipium*, c'est qu'ils ne l'ont pas voulu ; leur intérêt ne leur conseillait pas auparavant de le faire : le père qui mancipait son fils avait en vue le lopin de terre ou l'échoppe, — peut-être aussi les thermes et les villas — que l'enfant pouvait acquérir au bout d'un certain nombre d'années de la générosité de son maître. Plus tard, le père est lui-même un homme riche, un armateur, si vous voulez : l'un de ses fils, — capitaine d'un de ses navires, — se fait remarquer par des aptitudes commerciales exceptionnelles. Il emploiera, pour exciter encore en lui l'initiative et l'esprit d'entreprise, ce moyen qui a si souvent réussi sur ses esclaves et ses *mancipia* : l'affranchissement. Il en fera un *pater* libre, indépendant, définitivement soustrait aux chances de partage avec ses frères. Voilà comment on peut se figurer la première application de la fiducie au *mancipium*. Mais le père pouvait avoir un autre but : la liberté pour l'homme intelligent est un bienfait ; pour l'homme vicieux et incapable elle

(1) Nous nous rallions, sur la question du *nexum*, à l'opinion de M. Fustel de Coulanges, *Cité antique*, p. 345.

est un mal. Ce qui lui a servi à récompenser l'activité et l'énergie de son premier fils, pourra lui servir à châtier le second. Il ne fait plus ici comme tout à l'heure une œuvre originale : c'est la vieille *abdicatio* qu'il revêt d'une forme plus jeune (1). La forme nouvelle triompha si bien que Dioclétien pouvait dire : *abdicatio romanis legibus non comprobatur* (Code, L. 6, L. 8, t. XLVII). Ce n'est plus, bien entendu, qu'une *venditio imaginaria* comme nous le prouverait au besoin la rubrique du titre XII du livre XXXVII. *Si quis a parente manumissus sit* (V. Inst. 1, 12, C. Gaius, 1, 116, 119). Mancipations et affranchissements se succèdent sans intervalle. Une clause de style constate que les formalités ont été respectées dans l'écrit destiné à servir de preuve : et surtout la clause de fiducie n'est pas oubliée. On sait en quoi elle consiste : c'est une convention ajoutée à la mancipation (voir la *fiducia forma* à la page 655 du *Novum Enchiridion* de Giraud), et qui oblige l'acheteur à remanciper l'enfant à son père. La présence du magistrat est toujours exigée ; mais c'est là une cérémonie qui n'est point astreinte à

(1) Il y aurait erreur à voir les trois mancipations et les trois affranchissements dans les textes (Quint., *Inst. orat.*, IV, 2, 95 ; Sénèque, *Controv.*, liv. III) qui parlent d'enfants : *ter abdicati, ter absoluti*. Une seule *abdicatio* suffisait ; tous les textes le prouvent. Dans le premier fragment, l'auteur veut montrer par cette triple *abdicatio* la bizarrerie de la demande du parasite ; dans le second, la gravité des soupçons qui pèsent sur le jeune homme.



des règles trop sévères, le fils peut présider comme préteur à sa propre émancipation : *Apud se ipsum emancipari placet* (Paul, D., L. 1, XIV, 2). En résumé évolution lente et continue, respect des rites traditionnels. Ici, comme ailleurs, se retrouvent les caractères du génie juridique romain (1).

Pour plus de facilité et de netteté, nous avons présenté jusqu'ici la nouvelle forme de l'émancipation comme revêtant indifféremment l'expulsion de la famille, et l'élévation à la dignité de *pater*; il en fut ainsi, et les textes cités ou à citer en sont la preuve incontestable. Mais, si l'on veut avoir une juste idée de la nature de l'émancipation, c'est à la seconde utilité qu'il faut surtout songer. L'émancipation que nous avons appelée répressive reste dans l'ombre; une autre arme appartenait au père, l'exhérédation, et c'est à elle qu'il demande de maintenir le respect de ses ordres.

(1) L'émancipation garda de cette double origine, *mancipium*, *abdicatio*, une sorte de mauvaise réputation qui explique le texte d'Aulu-Gelle (t. XII). Aulu-Gelle résumant Antistius Labéon, passe en revue les conditions requises de la jeune fille que l'on veut consacrer au culte de Vesta, et nous apprend qu'« elle devait avoir encore son père et sa mère; il fallait que ni elle ni son père n'eussent été émancipés..., il fallait que son père et sa mère n'eussent jamais été esclaves, qu'aucun d'eux ne l'eût été séparément, et qu'ils n'eussent jamais exercé une profession basse. » De même le flamine Dial ne pouvait se marier qu'avec les rites sacrés de la *confarreatio*, et non ceux de la *coemptio* (Aulu-Gelle, X, 15, §§ 22 et 23, Festus, v. *Flamen*).

Nous verrons même la jurisprudence prétorienne s'appliquer à détruire tous les effets nuisibles de l'émancipation. Ce que les esprits s'habituent de plus en plus à lui demander, ce n'est plus la contrainte, c'est la liberté. L'idée nouvelle du bonheur est à ce point différente de l'idée antique que le terrible châtiment d'autrefois devient la récompense enviée.

La loi 132, D., *De verborum oblig.*, 45, 1, nous offre un exemple d'émancipation répressive. *Emancipare* est pris comme synonyme de *propellere*, qui est bien la traduction exacte d'expulser. De plus, on y parle de stipulation de peine intervenant au moment de l'adoption, pour empêcher l'émancipation, ce qui prouve que dans l'esprit du stipulant l'émancipation n'est pas un bien extrêmement désirable : « Quare sic  
« debuit interponi stipulatio, ut si eum emancipasset  
« vel exheredasset, etc. » Nous pouvons ajouter à nos arguments cette alliance entre l'émancipation et l'exhérédation.

Un autre texte aux Institutes n'est pas moins significatif, *De adoption.*, § 3; il parle d'une émancipation injuste, faite sans juste cause.

Mais, à côté de ces fragments, suffisants pour mettre hors de doute la substitution de l'émancipation à l'ancienne *abdicatio*, on en rencontre un nombre incalculable qui n'évoquent que l'idée de délivrance et de liberté.

Un grand courant pousse à multiplier les émanci-

pations. Des contrats entre-vifs, et des libéralités testamentaires décident les hésitants ; la jurisprudence prétorienne apporte son puissant concours, en facilitant la question de preuve ; l'empereur même fait intervenir dans certains cas son influence souveraine, et crée cette innovation : l'émancipation forcée.

Un grand principe nouveau domine l'émancipation elle-même et donne la mesure de l'évolution parcourue : « Les fils de famille ne peuvent être émancipés malgré eux. *Filius familias emancipari invitus non cogitur.* »

Ces différents faits ont besoin d'être repris en détail.

I. α. *Contrats entre-vifs et libéralités testamentaires.*  
— « Si parens vel accepit pecuniam ut emanciparet, « vel postea vivus in eum filius, quantum satis est « contulit, ne judicia ejus inquietet : exceptione doli « repellitur (D., L. 1, § 3, 37, 12) ». Voilà pour le contrat. Cet usage eut bien étonné les vieux Romains, ainsi que celui si répandu à l'époque classique, des legs et des institutions d'héritier, accompagnés d'un fidéicommiss d'émancipation. On y résista tout d'abord. Le père qui a accepté l'hérédité ou le legs peut-il être forcé d'émanciper ? Dans les deux réponses contradictoires que les prudents y ont faites, on assiste à la résistance de l'esprit ancien et à la victoire de l'esprit nouveau. Marcien (L. 114, p. 8, *De legatis*, XXX, 1) ne veut pas céder aux tendances « modernes » ; il se pro-

nonce en termes brefs contre la désagrégation de la famille; la puissance paternelle a trop de prix pour être l'objet d'un marché pareil. Mais Ulpien saura mettre d'accord la plus pure doctrine juridique avec les désirs des générations nouvelles; il considère le fidéicommis comme une condition ordinaire. Si le père oublie la charge du legs ou de la succession, le magistrat sera chargé de la lui rappeler. Ne faut-il pas que la volonté du testateur soit respectée? (Ulp., L. 92, *De cond. et dem.*, 35, 1).

β. *Jurisprudence prétorienne*. — Toute l'histoire des réformes du préteur au sujet de la situation du fils émancipé s'explique par cette idée que l'émancipation est maintenant de plus en plus un moyen de séparer les intérêts du fils de ceux de la famille, un moyen de donner un libre essor à son esprit d'entreprise et d'initiative. On se fait, à ce propos comme à beaucoup d'autres, une idée bien étrange de ce préteur romain. Aucuns le définissent volontiers « le grand redresseur des iniquités sociales ». Cela est beaucoup trop chevaleresque à notre avis, c'était tout simplement un magistrat intègre et savant, qui s'attachait à concilier les lois des générations passées avec les mœurs de la génération actuelle, et dont le mérite consista à savoir tirer avec rigueur des principes antiques les solutions pratiques qui convenaient le mieux aux nécessités nouvelles.

Sur le point qui nous occupe, le préteur pouvait

aider puissamment au développement de l'émancipation par la question de preuve. La preuve a toujours été une arme redoutable entre les mains des légistes, et elle a accompli bien des révolutions sociales, en imposant leur solution favorite à tous les cas douteux qu'il est impossible d'éclaircir. Il se borna d'abord à assimiler l'enfant, qui se dit émancipé, à l'esclave qui se prétend homme libre (Texte de Paul, 8, liv. XXII, t. III). A l'un comme à l'autre, il applique la règle générale : *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* (L. 2, XXII, t. III). Le fils qui vit en émancipé, comme le père qui exerce sa puissance, jouira, jusqu'à ce que le fait allégué ait été dûment établi, du bénéfice de la possession d'état. Une dérogation se rencontre cependant dans le texte d'Ulpien (25, L. 1, t. VII); le père qui a laissé son enfant vivre comme un *paterfamilias*, et qui attaque ensuite l'émancipation pour vice de forme, ne reçoit pas d'action du magistrat. C'est une faveur nouvelle faite au fils de famille; elle conduira à admettre l'émancipation tacite que nous voyons au Code dans un rescrit d'Antonin (Code J., 1, liv. VIII, t. XLVII). Tout se tient, et le progrès est continu; lorsque le fils a la possession d'état de *paterfamilias*, le père a d'abord la charge de la preuve; puis on lui refuse le droit de la faire, s'il n'invoque que des irrégularités de procédure; enfin, s'il prétend qu'aucun acte d'émancipation n'est intervenu, on lui objecte sa tolérance, et on l'écarte encore.

γ. *Emancipation forcée.* — Ici nous arrivons à quelques cas exceptionnels où le maître souverain de l'empire romain déclare le fils délié de son devoir d'obéissance et le père déchu de son pouvoir. *Divus Trajanus filium, quem pater male contra pietatem adficiēbat, coegit emancipare* (L. 5, D., XXXVII, XII). Nul texte n'a proclamé davantage le caractère éminemment bienfaisant de la nouvelle émancipation. Elle va servir, par un curieux retour, à soustraire les enfants à cette puissance dont le retrait était jadis le plus terrible châtiment. Quand elle se nommait l'*abdicatio*, elle servait à punir les crimes et les fautes des fils ; aujourd'hui, par suite du bouleversement de la constitution romaine, elle sert de sanction contre les abus du pouvoir paternel.

II. L'aphorisme que nous avons cité plus haut, où le consentement de l'enfant paraît requis pour l'émancipation, est du jurisconsulte Paul (*Sentences*, liv. II, t. XXV, n° 5). Il est corroboré par le *principium* du chapitre XI de la nouvelle 89 : *solvere jus patriæ potestatis invitis filiis non permissum est patribus*. La règle est donc bien établie ; il s'agit maintenant de l'expliquer.

Au premier abord, il semble que le consentement du fils soit exigé comme un élément de validité de l'émancipation. Or, si l'on tire de ce principe les conséquences qui en résultent, on arrive à dire : sans le consentement du fils, aucune émancipation ne peut se



aire ; sans le consentement du fils, l'émancipation, eût-elle été faite, est nulle de droit.

Ce serait, à notre avis, deux erreurs. Cette rigueur de logique que les Romains nous ont enseignée en matière d'obligations ne se rencontre point dans leur droit de famille, où ils se préoccupaient beaucoup moins de la logique que de la convenance des rapports sociaux. Nous croyons, au contraire, que dans certains cas on pouvait passer outre à l'opposition du fils de famille, et que l'émancipation une fois faite, malgré lui et contre lui, était d'une solidité inattaquable.

*Premier principe.* — La règle ne s'est jamais appliquée qu'aux *liberi naturales*. C'est ce que nous prouvent les deux textes déjà cités (L. 132, D., 45, 1, et § 3, *De adopt.* aux Institutes), auxquels les lois 9 et 10 pr. au Code viennent donner une force nouvelle (1). Les enfants adoptifs purent toujours être émancipés sans réclamation possible de leur part. *Civilis ratio*, dit en effet Gaius (1, 158) *civilia jure corrumpere potest*. Dans un seul cas, lorsqu'il s'agissait de l'émancipation d'un adrogé impubère, la loi ou plutôt un rescrit d'Antonin le Pieux avait organisé la protection suivante : le magistrat qui procédait à l'émancipation la faisait précéder

(1) L. 9. « Adoptatum emancipatione solenni separare a « familia suo pater adoptivus minime prohibetur.

L. 10 pr. « Si post patris naturalis obitum pater emanci-  
« pationis modum jus adoptionis dissolvisset, nulla spes  
« remanebat ».

d'une *causæ cognitio*, où il examinait si la cause en était juste ou injuste. Cette *causæ cognitio* donnait toute sûreté à l'adrogeant, et surtout à ses héritiers qui ne craignaient plus l'effet de la quarte antonine (Inst., *De adopt.*, § 3). Mais ici l'adrogeant pouvait ne pas en tenir compte, puisque le texte suppose une émancipation *sine justa causa*.

Ce droit *tout spécial* nous permet de reconstituer l'émancipation des *liberi naturales*.

En règle générale, leur opposition suffisait pour empêcher l'émancipation : *Filius familias emancipari invitus non cogitur*. Cependant lorsque le père avait de justes motifs et offrait de les soumettre au magistrat, celui-ci, satisfait de sa *causæ cognitio*, pouvait laisser l'émancipation s'accomplir. C'est exactement la marche qui a été suivie dans l'hypothèse si voisine du refus d'aliments. D'abord le père peut souverainement se débarrasser de sa dette alimentaire (*abdicatio*). Plus tard le préteur pose le principe inverse et le sanctionne dans une *cognitio extraordinaria* (Ulpien, L. 5, pr. 25, 3); mais en même temps laisse le principe sommeiller lorsque le refus du père est motivé (L. 5, § 11, D., 25, 3).

Donc il est des cas où le consentement du fils pouvait être négligé.

*Deuxième principe.* — L'émancipation est terminée. Le fils n'a point consenti. Y aura-t-il nullité absolue, comme nous dirions par exemple en matière de

mariage ? Nullement. Pour nous en convaincre, distinguons deux hypothèses : le fils a résisté ouvertement ; il a obéi, mais sans consentir.

α. La première hypothèse est celle de la *causæ cognitio*. Aucune voie d'attaque n'était ouverte à l'enfant. Le père n'avait fait qu'user au surplus de son droit antique, et dans une limite parfaitement justifiée, puisque le pouvoir social l'avait ainsi jugé. L'autorité, jadis souveraine du père, et l'autorité protectrice du préteur se réunissaient contre l'enfant. Il lui fallait s'incliner (1).

β. Dans la seconde hypothèse, le consentement du fils était présumé, et l'on rentrait dans la règle générale. Il en était ainsi dans l'adoption : *arbitrium utriusque spectandum est*, dit Celsus (L. 5, *De adopt.*) *vel consentiendo vel non contradicendo*. Le même principe était admis en matière de mariage : « Si pater  
« cogente ducit uxorem, dit le même Celsus (L. 22, *De*  
« *ritu nupt.*), quam non duceret si sui arbitrii esset,  
« contraxit tamen matrimonium. Quod inter invitos  
« non contrahitur : maluisse hoc videtur. »

Voilà le sens de la règle nouvelle ; l'importance en sera mieux saisie dans l'étude de la suppression des effets nuisibles de l'émancipation.

(1) Voir au Code L. 3, *De patria potestate*.

§ 2. *Le manumissor est extraneus.*

Nous venons d'étudier l'émancipation directe, avec clause de fiducie, c'est-à-dire avec la promesse de retransférer le *mancipium* au père (1). C'était de beaucoup la plus fréquente. Ce n'était pas la seule. Parfois cette clause de fiducie était remplacée par une autre, qui n'était que l'engagement d'affranchir. Dans ce cas le *manumissor*, c'est l'étranger à la famille, *extraneus*. Pourquoi, pour atteindre ce but qui devait paraître maintenant bien proche, pour briser le lien qui rattachait l'enfant à son père, faisait-on intervenir ce tiers qui paraît jouer un rôle de comparse inutile dans la cérémonie juridique de l'émancipation? Était-ce par respect superstitieux des formes jadis imposées par la situation économique? La mancipation n'était-elle pas plutôt sérieuse et l'affranchissement réel? Le *manumissor* n'était-il pas un véritable patron recevant sous sa puissance un jeune homme qui s'attachait à sa personne et qui plus tard recevait avec la liberté un fonds de commerce, une entreprise quelconque, où le maître gardait quelques intérêts? Nous le croyons au moins pour le commencement de l'époque classique. Nous ne

(1) Accarias, *Précis*, t. I, p. 275, n° 3.

nous expliquons guère certains textes sans cette supposition, qui d'ailleurs se comprend sans peine. Les causes qui avaient amené la vente des enfants : la pauvreté, la rareté du sol disponible, n'avaient pas disparu : leurs effets ne disparurent pas davantage. Seulement, au lieu d'être l'état normal, le *mancipium* n'était que l'état transitoire : l'émancipation était le but, tandis qu'autrefois elle n'était qu'une heureuse conséquence. Les textes qui nous indiquent l'existence de cet intervalle entre l'achat et l'affranchissement, de ce stage, de cet apprentissage, si l'on veut, sont : d'abord le § 135 du C. I de Gaius, où ce jurisconsulte se demande si l'enfant conçu entre les mancipation suivra la condition de son père ou naîtra sous la puissance de son aïeul émancipateur. « Labeo quidem existimat, « eum in ejusdem mancipio esse, cujus et pater sit. « Utimur autem hoc jure, ut quamdiu pater ejus « in mancipio sit, pendeat jus ejus : et si quidem « pater ejus ex mancipatione manumissus erit, cadat in ejus potestatem : si vero is, dum in mancipio sit, decesserit, sui juris fiat. » On peut donc rester *in mancipio* assez longtemps pour y mourir. Nous croyons que ce texte peut nous dispenser de citer les autres. D'ailleurs, à défaut de texte aussi précis, il nous suffirait pour être convaincu de la création au profit du *manumissor* de la *bonorum possessio dimidiæ partis contra tabulas* dans le cas où l'émancipé institue comme héritier un *extraneus*, celle de la

*bonorum possessio dimidiæ partis ab intestat* qui écartait l'enfant adoptif et la femme *in manu* (1). L'origine de cette réserve — véritable réserve française — qui constitue une dérogation très grave à la règle : *partim testatus, partim intestatus nemo decedere potest*, est bien connue : elle a été étendue de l'affranchi à l'émancipé. La situation de l'affranchi et celle de l'émancipé ont toujours été très voisines : pendant longtemps ils ont vécu côte à côte, sous un nom unique, le nom de client. Primitivement, raconte Ulpien (L. 1, *De bon. libert.*, XXXVIII, 2), le patron faisait avec son ancien esclave — nous pouvons mettre son ancien *mancipium* — une société soumise à cette condition : *si obsequium non præstaret libertus*. Le préteur Rutilius reconnut le pacte et le munit d'action : le défaut d'*obsequium* entraîna le partage de la fortune de l'émancipé. Tout cela s'explique aisément, si l'on songe que le fond de ce patrimoine avait été bénévolement fourni par le *manumissor* : c'était une révocation de donation pour cause d'ingratitude, avec cette différence, que la punition de l'ingratitude va plus loin que n'était allé le bienfait. La clause admise par Rutilius, toujours d'après Ulpien, finit par être déclarée nulle, et ce fut comme compensation pour le *manumissor* que l'on inventa la *bonorum possessio dimidiæ partis contra tabulas et ab intestat*.

(1) La *bonorum possessio tum quem ex familia* appelle subsidiairement les agnats du patron à la succession *ab intestat* de l'affranchi.



Le *mancipium* est donc réel dans ce cas, quoique passager, et l'affranchissement n'a rien de fictif. Toutes les conséquences juridiques de ces deux états subsistent dans leur intégrité. La séparation est toujours absolue entre l'émancipé et sa famille primitive : les seuls rapports qui existent pour lui l'unissent à son ancien maître, au *manumissor*. Les déductions de ce principe semblent même avoir été rendues plus rigoureuses. Nous venons de le voir en ce qui touche les droits de succession du patron : nous retrouvons la même tendance dans l'établissement de la tutelle fiduciaire ; les deux réformes, d'après les textes, ont été empruntées à la législation qui régit les affranchis. Il ne semble pas que la tutelle ait été organisée pour l'émancipé, avant l'emploi de cette seconde clause de fiducie par laquelle l'acheteur de l'enfant s'engage à l'affranchir. C'est ce que M. Accarias déduit du nom de la tutelle, qui est tutelle fiduciaire : « Exemplo patronorum rursus fiduciariæ tutelæ receptæ sunt emancipatorum, et quæ fiduciariæ vocantur proprie, quæ ideo nobis competunt, quia liberum caput mancipatum nobis vel a parente, vel a coemptionatore manumiserimus » (Gaius, C., I, 166). Peut-être n'y a-t-il pas une grande difficulté à expliquer pourquoi la tutelle des émancipés apparaît si tard dans l'histoire du droit romain. Lorsque primitivement le père mancipait son fils, le but qu'il se proposait était avant tout de procurer à son enfant les moyens de vivre et une

protection efficace. L'émancipation n'arrivait que par surcroît, comme récompense de longues années d'application et de travail : elle n'était donc que très rarement accordée à des adolescents, si elle l'était. C'est seulement lorsque le *mancipium* se restreint de plus en plus au point de se réduire à une période d'essai, ou même à un instant de raison qu'il peut y avoir lieu à tutelle et comme on dit à tutelle fiduciaire.

C'est en effet le trait caractéristique de cette époque de transition : tandis que le contrat de fiducie fait passer immédiatement le fils de famille de la puissance de son père à la liberté, dans les cas de plus en plus rares, où le *manumissor* est un étranger, le *mancipium* se restreint au point de devenir imaginaire et finalement de disparaître. On peut se demander même comment il se fait que ce détour ait subsisté si longtemps ? C'est que probablement l'enfant — l'enfant du pauvre — y gagnait un protecteur puissant, et aussi le pécule nécessaire pour s'établir. Le *manumissor* y gagnait un client, un homme dévoué et un commandité, qui lui servait à augmenter ses capitaux. Les liens qui unissent, d'ailleurs, l'émancipé et le *manumissor extraneus* se sont graduellement relâchés. Il ne reste point de vestiges au Digeste des *operæ officiales* ou *fabriles* que le *manumissor* pouvait exiger certainement à l'origine ; la *reverentia* elle-même est tellement effacée qu'on en cherche en vain le souvenir. Un lien subsiste, le droit à la *bonorum possessio contra tabulas et ab intestat*, en présence

d'un institué *extraneus*; il est vrai que l'institution d'un proche parent l'écarte. L'avantage est donc assez maigre. Il est complété par le droit à la succession *ab intestat*. C'était là la grosse chance du *manumissor*. Si l'émancipé meurt *ab intestat*, ce qui est rare pour un Romain, le *manumissor* hérite. Ce dernier reste de tant de puissance va être détruit par le préteur. Il va réunir définitivement l'enfant émancipé à sa famille naturelle. Il ne laissera plus subsister entre l'*extraneus* et le fils de famille que ces relations sanctionnées par la coutume et l'usage que ne connaît point la loi. Son procédé sera inévitablement une *bonorum possessio* : la *bonorum possessio unde decem personæ* (Instit., lib. III, t. IX, § 3). « Tertio (loco), decem personis, quas extraneo manumissori (prætor) præferebat. Sunt autem personæ hæ : pater, mater, avus, avia, tam paterni quam materni; item filius, filia, etc. » C'est l'ordre habituel des affections. L'émancipé qui fait un testament l'observe ordinairement, et le préteur part de cette observation, pour déclarer que si le défunt n'a pas fait connaître sa volonté, il interprétera son silence comme une adhésion à la coutume constante. Et voilà comment, en ce point comme en bien d'autres, le vieil ordre légal des successions fut renversé au profit d'un ordre nouveau, réglé par les affections au lieu d'être réglé par la parenté civile, et qui, établi en fait par le préteur, reçut sa consécration législative de la main de Justinien.

La *bonorum possessio unde decem personæ* une fois créée, les deux émancipations que Gaius distinguait soigneusement, celle du père et celle du *manumissor*, se confondent. Dans les deux cas, l'enfant sort de la puissance de son père, voilà le fait; directement, dans le premier cas; indirectement dans le second, par une fiction sans conséquence juridique, qui ne créait que les rapports purement moraux d'obligé à protecteur. Aussi n'est-il pas étonnant que ce second mode d'émancipation diminue en importance, au point d'être absolument négligé par les compilateurs du Digeste (v. XXVII, XII, *si a parente quis manumissus est*). Nous ferons comme eux, et dans le reste de cette étude nous ne nous occuperons que des rapports de l'enfant et du *parens manumissor*.

## SECTION II

### EFFETS DE L'ÉMANCIPATION

Les effets de l'émancipation — nous l'avons répété plusieurs fois dans cette étude — sont de deux sortes : effets nuisibles, effets avantageux. La tâche de l'époque classique va être de détruire les premiers, et de renforcer les seconds.

§ 1. *Effets nuisibles.*

Des trois effets nuisibles de l'*abdicatio* : excommunication, privation de l'hérédité, extinction de la dette alimentaire, l'*emancipatio* ne put nécessairement conserver que les deux derniers. Le culte national s'abîmait dans l'indifférence : et l'on se riait de la malédiction des anciens dieux.

1. L'*emancipatio* est d'abord une exhérédation. L'émancipation et l'exhérédation sont liées par leur nature d'une liaison intime. Elles permettent en effet d'atteindre des buts presque identiques. Que l'on se place au point de vue de la sanction de l'autorité du père, ou au point de vue de la transmission du patrimoine familial, exhérédation et émancipation sont deux procédés dont on peut prendre indifféremment l'un ou l'autre. Nous voulons parler, bien entendu, de l'émancipation des premiers siècles, celle qui sépare l'enfant de sa famille d'une façon entière et complète.

Un père de famille veut conserver à ses enfants le domaine ou la maison des ancêtres. Il peut à son choix faire de l'un de ses fils son héritier, en laissant des legs à ses autres enfants ; ou bien émanciper successivement tous ses enfants en leur constituant des dots ou en leur abandonnant leurs pécules — sauf un

seul. Celui-ci sera l'héritier. Sans testament le père est arrivé au résultat où le testament pouvait le conduire. Un peuple, ignorât-il l'usage du testament, s'il pratique intelligemment l'émancipation, jouit de tous les avantages de la liberté testamentaire.

Examinons maintenant la sanction de l'autorité paternelle. Surtout aux époques où les mœurs adoucies ne permettent plus l'exercice rigoureux du droit de correction, la privation de la part d'héritage est pour l'enfant indiscipliné le seul mode sérieux de contrainte. Ici encore le choix entre l'émancipation et l'exhérédation importe peu. Par l'émancipation, le père rend dès l'instant la situation définitive. Il préside lui-même à l'exécution de son arrêt. Par l'exhérédation, il la remet à plus tard. Il ne veut pas s'en charger lui-même. Sa volonté ne s'exprimera que le jour où son âme aura rejoint celles des ancêtres divinisés.

Or, ce rapprochement a été fait par les textes romain : « An possit committi (stipulatio), dit la loi 132, D., 45, 1, si cum *exheredaverit* vel *emancipaverit* (1), et les Institutes ajoutent (*De adopt.*, § 3) : « si decedeas pater cum *exheredaverit*, vel vivus sine justa causa eum *emancipaverit*. » Tout ce que nous venons de dire est contenu dans ces quelques mots (2).

L'*emancipatio* en succédant à l'*abdicatio*, ce qui

(1) La loi entière est à lire. Elle oppose constamment l'émancipation à l'exhérédation.

(2) V. *Précis d'Accarias*, t. I, 834, n° 1.



est maintenant bien prouvé puisque d'une part l'*emancipatio* et l'exhérédation confondent leurs effets, et que de l'autre l'*abdicatio* a été la forme primitive de l'exhérédation (Quintilien, *Inst. orat.*, VII, 4, 11), se trouve plus énergique que son aînée. L'*abdicatio* avait pour correctif le *judicium abdicacionis*. L'*emancipatio* ne fut point d'abord contrôlée.

Elle devait l'être, parallèlement, en quelque sorte, avec l'exhérédation.

Les deux procédés sont, en effet, des équivalents exacts. Tant que l'un demeure intact, l'autre est par cela même comme s'il n'était pas modifié.

On sait les obstacles que la coutume apporta peu à peu au droit d'exhérédation. La résistance opposée au droit absolu du père fut d'abord bien timide : une simple obligation d'exprimer sa volonté. L'omission est tenue pour nulle : l'exhérédation formelle est exigée. On va plus loin et l'on réclame pour les descendants mâles, une exhérédation solennelle, faite *nominatim*. Mais ce n'était pas encore suffisant. La *querela inofficiosi testamenti* fut créée (V. Labbé, *Institutes d'Ortolan*, t. I, L. 2, Append. V). Les parents les plus proches, descendants, ascendants, frères et sœurs consanguins dans certains cas, peuvent accuser de déraison devant le tribunal des centumvirs le défunt qui, sans démerite de leur part, les a privés d'une portion suffisante de sa fortune.

Que fait le préteur pendant ce temps là pour les

émancipés ? Il développe en leur faveur des réformes absolument analogues. Il exige tout d'abord leur exhérédation formelle. La fiction qui lui permet d'arriver à ce résultat est une fiction bien hardie. Il suppose que l'enfant n'est pas sorti de la famille. Peut-être a-t-il été aidé en cette circonstance par un usage qui ne nous a pas été conservé. On comprendrait par exemple, que l'habitude se fût introduite de répéter sous forme d'exhérédation l'*abdicatio* ou l'*emancipatio* déjà prononcée, et que le prêteur soit parti de là pour accorder à l'émancipé, en cas de silence du testament paternel, la *bonorum possessio contra tabulas*. La loi d'évolution insensible que le grand juge romain s'est imposée dans toute son œuvre serait ainsi respectée.

Mais la *querela inofficiosi* ne fut accordée à l'enfant que beaucoup plus tard. Elle nécessitait une vocation *ab intestat* qui n'existait pas encore. Une longue série d'années s'écoula probablement où l'exhérédation injuste était soumise à une répression judiciaire, tandis que l'émancipation, suivie d'une exhérédation régulière, s'exécutait dans toute sa rigueur. C'est qu'elle avait été préventivement jugée par deux autorités successives, le tribunal de famille et le magistrat.

Nous avons déjà vu que le tribunal de famille jouait un rôle en matière d'*abdicatio*. Il empêchait aussi l'*emancipatio* imméritée. La pression morale exercée par cette assemblée de parents remplaçait efficacement la rescision de l'exhérédation par le tribunal des cen-

tumvirs. Le tribunal des centumvirs n'était pas autre chose d'ailleurs que le tribunal de famille de la cité. « La famille est un petit État; l'État est une grande famille. » Ces deux proverbes chinois cités par M. Eug. Simon devaient être connus des sociétés antiques. Dans leur développement elles ont toujours calqué leurs organes nouveaux sur les organes préexistants dans le groupe primordial : la famille. Les centumvirs statuaient sur la *querela inofficiosi* d'après l'équité naturelle (V. Labbé, *loc. cit.*), comme le tribunal des proches sur l'émancipation (1).

Ce rôle du tribunal de famille, rôle bienveillant et tutélaire, ne tarda pas à être amoindri. Nous savons qu'il avait été jugé insuffisant contre les *abdicationes*. Les liens de famille se relâchaient et avec eux disparaissaient le respect et l'usage de cette antique institution. Le magistrat en remplit l'office.

Le préteur intervient, en effet, pour l'affranchissement. Si la cause ne lui a pas semblé raisonnable, si le fils, qui est nécessairement présent, proteste et l'implore, il pourra ne pas prononcer l'*addictio* : « *Filius familias emancipari invitatus non cogitur* », nous dit Paul (*Sentences*, liv. II, t. XXV, n° 5). Pour que l'idée soit complète, il faut ajouter, nous le savons : *sine justa causa*.

(1) C'est précisément ce caractère du tribunal des centumvirs qui lui a fait conserver si tard sa compétence exclusive en matière de *querela* (Pline le Jeune, *Ep.*, V, 4).

Le secours du magistrat était au fond assez illusoire. Le père qui disposait d'un droit de correction sans contrôle n'avait qu'à en user avec énergie pour faire désirer comme une délivrance cette émancipation qui causait d'abord tant de frayeur. Il fallut arriver à donner la *querela inofficiosi* à l'émancipé.

Nous connaissons l'obstacle à franchir. Pour intenter cette action, il fallait être *heres suus*; or, l'émancipé ne l'était pas; ou *bonorum possessor*, et la *bonorum possessio contra tabulas*, vraisemblablement la première créée, ne pouvait lui appartenir, puisque par hypothèse l'exhérédation a été régulière. Le préteur eut besoin d'organiser peu à peu une coutume *ab intestat* nouvelle, pour que le prudent consulté par l'enfant émancipé put enfin lui répondre, comme la loi 7 au Code (*De inoff. test.*, III, 28): « Neptem defuncti actione  
« de inofficioso testamento, quamvis pater ejus eman-  
« cipatus fuerit defunctus, experiri posse ignorare non  
« debes ». C'est la règle générale dont les interprètes, et entre autres notre Pothier, constatent l'existence à l'époque classique : « Et quidem non solum liberis qui  
« in potestate sunt, sed et emancipatis, et iis qui ex  
« emancipatis descendunt, hæc querela competit » (*Pandectes* de Pothier, liv. V, t. II. *De inoff. test.*, n° 4).

Il nous faut donc étudier les réformes que le préteur a introduites dans la dévolution *ab intestat*.

Elles étaient nécessaires à un double point de vue :

1° D'abord pour l'exercice de la *querela*, comme nous venons de le dire ;

2° Pour assurer l'efficacité de toutes les précautions prises contre l'exhérédation elle-même. Rappelons-nous que sans testament, par des émancipations successives, le père pouvait arriver au même but que par l'institution d'héritier et les exhérédations.

Il est assez probable, comme nous l'avons fait sentir plus haut, que les réformes du préteur ont porté tout d'abord sur le testament du père de l'émancipé et n'ont transformé que plus tard la dévolution de sa succession *ab intestat*. Il serait téméraire de vouloir élucider, d'ailleurs, ce point qui restera toujours fort obscur, puisque les textes font défaut. Le préteur s'occupait bien de la *bonorum possessio contra tabulas* avant la *bonorum possessio unde liberi* et les autres ; mais cet ordre de l'édit n'était point un ordre chronologique, c'était l'ordre traditionnel de la loi des Douze Tables (Ulp., L. 1, § 6, D., XXXVIII, VI). Toutefois, en supposant que le préteur a ainsi commencé par ces interprétations,—il est vrai un peu hardies,—de la volonté du testateur, et qu'il n'a porté la main que longtemps après sur la vieille règle si respectée de la loi *ab intestat*, il nous semble que l'on a un tableau plus vraisemblable de la marche toujours si prudente et si mesurée du magistrat romain. D'ailleurs, le nombre des Romains morts sans testament était assez restreint. Il y a tout lieu de croire que c'est contre des testaments que le

préteur eut d'abord à lutter. Une fois la jurisprudence bien établie et les idées courantes fixées dans ce sens, rien ne fut plus facile que de leur accorder cette *bonorum possessio unde liberi* qu'il accordait aux héritiers de la loi des Douze Tables.

Quoi qu'il en soit de cette question, l'enfant émancipé, sorti de la famille qui n'est plus pour lui qu'un groupe étranger, perdait primitivement tous droits à la succession de son père et de ses agnats (1) (Gaius, C. III, 1, 2, 9, 17). Le préteur va reprendre en sous-œuvre ces deux règles et les annihiler. Son procédé ne varie pas : pas plus que les créateurs des vieilles formes des actes juridiques, il ne sacrifie à la recherche et à la fantaisie. La *bonorum possessio* revient, mais sous deux formes différentes, la *bonorum possessio unde liberi* et la *bonorum possessio unde cognati*.

La *bonorum possessio unde liberi* s'oppose à la première règle de la loi des Douze Tables. C'est sur ce point, évidemment, que s'est livré le premier engagement. Un père avait deux fils, comme dans la parabole biblique : l'un a été émancipé, puis le père est mort. Voilà une exhérédation bien caractérisée, et une exhérédation qui n'est pas testamentaire. On détruisait toute injustice dans celle-ci : pouvait-on rester insensible devant l'injustice de l'autre ? Le préteur ne pou-

(1) Nous ferons abstraction de la succession sans importance des *gentiles*.



vait faire que ce qu'il fit : donner la *bonorum possessio* à l'enfant émancipé. L'objection qu'il pouvait s'attirer était la suivante : cet enfant a été peut-être justement émancipé, vous ne pouvez, tout magistrat que vous êtes, casser la décision souveraine du père de famille. Il est probable que, dans ce cas, il n'eut pas accordé la *bonorum possessio* au début, où les *bonorum possessiones* étaient probablement *décrétales* (Accarias, *Précis*, t. II, n° 467), et par conséquent toujours précédées d'une *causæ cognitio* (L. 71. *De reg. jur.*, 4, 17). Mais, plus tard, la *bonorum possessio* étant devenue *edictalis*, l'argument n'avait plus de force. « Le père de famille, aurait-il pu répondre, a manqué gravement à ses devoirs; il s'est laissé surprendre sans avoir exprimé sa volonté dernière. L'exhérédation qui résulte de l'émancipation ne vaut que si elle a été écrite formellement : je l'ignore et n'en tiens pas compte ».

La première brèche faite, toutes les autres règles devaient s'écrouler. La succession des agnats ne pouvait jamais échoir à l'émancipé. C'était même un des côtés par lequel l'émancipation était plus sévère que l'exhérédation. L'enfant exhérédé, si les agnats mouraient sans testament, recueillait leur fortune, à la condition de venir en rang utile. L'enfant émancipé ne le pouvait point.

Le prêteur resta fidèle à son idée de supprimer par des réformes successives tous les effets nuisibles qui faisaient de l'émancipation une véritable exhérédation.

Seulement, il ne s'occupe pas directement de la succession des agnats. Il ne cherche pas à resserrer les liens de telle vieille parenté civile que créaient la soumission à une même puissance et le culte d'un même foyer. Aux époques anciennes, elle se confondait avec la parenté naturelle par les mâles. Le *pater* était uni à ses *filiî familias* autrement que par un lien fictif. La mère de famille mariée *in manu* occupait au point de vue légal la place que la réalité de la vie lui assigne. Plus tard, tout cela changea. Les enfants furent émancipés, des fils adoptifs entrèrent dans la famille et les remplacèrent. La femme mariée, le plus souvent sans *manus*, restait à côté et hors de cette maison où réellement elle commandait à côté de son mari. C'est alors que se créa cette conception de la parenté déterminée par le sang (*cognatio*) qui, d'abord confondue avec la parenté civile, s'écarta d'elle de plus en plus, à mesure que ces mœurs s'accroissaient et finirent dans la novelle 118 par la remplacer définitivement. Le préteur ne s'occupe que de cette parenté nouvelle, et il ne se prête qu'à son triomphe. C'est la *bonorum possessio unde cognati* qui remédiera à la rupture du lien civil entre les agnats et l'enfant émancipé (1). Ici, la réforme a un caractère évident de timidité. Les simples cognats ne sont jamais appelés qu'à défaut d'agnats (liv. III, tit. V, pr. aux Inst.). C'est que la privation de tous droits au patrimoine de

(1) Gaius, C. III, 27.

l'agnat décédé *intestat* n'offrait pas une apparence d'injustice bien criante. L'agnat pouvait tester, il n'avait qu'à corriger les effets de l'émancipation, s'il la blâmait; et, dans le cas contraire, son silence équivalant à une approbation, il y avait tout lieu de croire que l'exclusion de la famille était méritée.

Voilà ce que fit le préteur pour rattacher l'émancipé à son père et à ses agnats. Il était une autre catégorie de successions *ab intestat* que les Romains prisaient d'une façon toute particulière, car elle était pour eux une source abondante de revenus : c'était la succession des affranchis. La richesse des affranchis était proverbiale; nous ne saurions nous en étonner en songeant qu'il y avait parmi eux beaucoup de juifs. Les historiens nous parlent du supplice d'affranchis « infectés de superstitions juives ». Il y avait aussi un grand nombre de belles affranchies qui vivaient aux dépens de la jeunesse aristocratique. Or les Romains répétaient volontiers, on le sait, que l'argent n'a point d'odeur. Ils tenaient donc beaucoup à recueillir le patrimoine de ces affranchis et de ces affranchies. Le courant était si fort que le préteur fut contraint d'y céder. A défaut de *sui*, le droit civil n'appelait à la succession de l'affranchi que le patron et sa postérité : le préteur créa la *bonorum possessio tum quem ex familia* et y appela les agnats (1). Dès lors il ne pouvait, en

(1) LL. 1 et 4, *Unde legitimi*, XXXVIII, 7.

présence de l'importance de ces successions d'affranchis, les refuser plus longtemps aux enfants émancipés. Deux *bonorum possessiones* nouvelles lui permirent d'atteindre ce but. L'une est la *bonorum possessio unde patronus, patrona, liberique et parentes eorum*, l'autre est la *bonorum possessio unde cognati manumissoris*. Pour saisir l'utilité de cet ordre de *bonorum possessiones* relatives aux successions d'affranchis, il suffit de les mettre en regard des *bonorum possessiones* créées pour les successions d'ingénus. Nous avons vu plus haut l'émancipé rattaché successivement à son père, puis à ses agnats. Ici nous voyons l'émancipé rattaché aux affranchis de son père, puis aux affranchis de ses anciens agnats. Les deux espèces d'innovations sont parfaitement symétriques. La *bonorum possessio unde patronus et patrona liberique* correspond exactement à la *bonorum possessio unde liberi*, et la *bonorum possessio unde cognati manumissoris* à la *bonorum possessio unde cognati*. Il n'est pas besoin, comme on le voit, pour les comprendre de recourir aux explications par trop ingénieuses de Gœschen (1). Toutes ces réformes d'apparence compliquée sont inspirées d'une idée unique : détruire les effets nuisibles de l'émancipation, dans tous les cas où le père de l'émancipé, ses agnats, les affranchis du père et des agnats meurent sans testament.

(1) *Institutes d'Ortolan*, t. II, n° 1114.

Mais en opérant cette transformation, en détruisant à peu près toutes les conséquences de l'émancipation considérée comme répressive, en ne laissant plus subsister comme sanction de l'autorité paternelle que l'exhérédation avec ses correctifs légaux, le prêteur commettait une injustice qu'il était forcé de réparer. L'émancipation est, en effet, en même temps que répressive, libératrice. Elle prive de tout droit au patrimoine paternel ; mais elle permet de travailler, d'acquérir et d'épargner pour soi, sans se préoccuper de la masse commune où auparavant tous les gains individuels se confondaient. C'est la compensation de l'abandon de l'individu à lui-même : il n'a plus à compter sur personne, mais personne n'a plus le droit de réclamer rien de lui. Maintenant que tous ses droits de famille — et à l'époque classique c'étaient les droits de succession — lui sont conservés, voici la conséquence absolument injuste qui va se produire. Lui qui a pu faire une fortune personnelle, peut-être, va partager à la mort du père dans cet avoir commun que ses frères seuls ont créé. C'est là une conséquence du partage égal entre le fils séparé de biens et les autres, que notre législation française n'a pas aperçue. Le rapport des donations est illusoire. Ce qu'il faut pour que la justice complète soit observée, c'est réunir à la masse la somme des gains individuels du frère qui n'est pas resté au foyer, et diviser le total par le nombre des enfants. Faute de cette exigence de la loi, il n'y a point

véritablement partage égal : car les enfants fixés au loin viennent consommer ce qu'ils n'ont pas produit. Tout ce que nous venons de dire, le prêteur l'avait parfaitement compris ; et la *collatio bonorum* était exactement l'opération que nous avons tracée plus haut (1). Les motifs même que nous avons indiqués sont si bien les siens, cette hypothèse du partage entre frères est si bien l'hypothèse où il s'est placé, que nous ne voyons point la *collatio* exigée pour les *bonorum possessiones* autres que la *bonorum possessio contra tabulas* et la *bonorum possessio unde liberi* (L. 1, C., *De coll.*, VI, 20). C'est ainsi qu'il évita toutes ces précautions méfiantes que les enfants demeurés dans la ferme paternelle sont obligés de prendre contre leurs frères établis au dehors, d'un bout à l'autre de nos campagnes françaises, et qui ont ébranlé et détruit des communautés prospères depuis plusieurs siècles. La séparation des intérêts du père et des enfants non émigrés a sa cause principale dans l'absence d'une institution analogue à la *collatio bonorum* ; or l'on n'ignore pas que cette séparation hâtive a pour conséquence l'affaiblissement de la puissance paternelle. Tout se tient dans ces vieilles législations formées, comme la législation antique des Romains, par le sentiment spontané de la justice et l'instinct de l'équilibre social : qui veut porter la main sur

(1) Nous raisonnons dans l'hypothèse où vis-à-vis des *sui heredes*, il n'y a qu'un seul émancipé. Les émancipés ne se doivent pas le rapport entre eux (Accarias, II, 453).



une de leurs parties en fausse par contre-coup plusieurs autres; la réforme de l'exhérédation commande celle de l'émancipation, et celle-ci nécessite la création d'une institution nouvelle : la *collatio bonorum*. Voilà le résumé de toute l'histoire de l'émancipation romaine. Elle disparaît ainsi comme sanction de l'autorité paternelle : elle demeure comme moyen de donner un libre essor à l'activité des enfants.

*Nota.* — La protection du préteur n'était acquise qu'aux enfants naturels émancipés. Quant à l'adoption, il fut toujours vrai de dire : *Adoptionis jura dissoluta sunt emancipatione* (Ulpien, L. 1, § 6, D., 38, 6) (1). L'émancipation continua de jouer son rôle d'exhérédation à l'égard de cette antique « institution d'héritier ». Le père de l'enfant adopté essayait parfois de remédier à ce danger par une stipulation de peine, comme nous l'apprend la loi 132, D., 45, 1, déjà citée. En cas d'adrogation, une réserve avait été créée ; la quarte antonine, lorsque l'émancipation a eu lieu *ex injusta causa*, l'adrogé étant encore impubère.

## 2. Reste l'extinction de l'obligation alimentaire.

L'obligation alimentaire fut imposée judiciairement au père vis-à-vis des enfants en puissance, sans doute vers l'époque où son droit de vie et de mort lui fut en-

(1) Adde, D., 45, 1, L. 132 : « Exheredatus ne inofficioso « egat. Emancipatus plane et hoc remedio carebit ».

levé : « Necare videtur, dit en effet le jurisconsulte  
« Paul (L. 4, D., 25, 3), non tantum is qui partum  
« perfocat, sed et qui alimenta denegat. » — Comme  
un fils ne pouvait pas plaider contre son père (liv. VII,  
XLIV, et L. 4, V, 1), le préteur jugeait *extra ordinem*.  
« Si quis à liberis ali desideret, vel si liberi ut a pa-  
« rente exhibeantur, judex de ea re cognoscet »  
(Ulp., liv. V, pr. 25, 3).

Mais le jurisconsulte va étendre la même faveur  
aux émancipés : « Utrum eos tantum liberos, pour-  
« suit-il, qui sunt in potestate, cogatur quis exhibere,  
« an vero etiam emancipatos,... videndum est. Et ma-  
« gis puto, etiam si non sunt liberi in potestate, alen-  
« dos a parentibus : et vice mutua alere parentes de-  
« bere. » Ainsi le sort qu'il a voulu tenter peut lui être  
contraire. Il retrouvera à ce foyer qu'il a quitté pour  
poursuivre la fortune une assurance toute prête contre  
les défaites de la vie.

Si son émancipation est justifiée toutefois, le juge  
n'écouterà pas ses plaintes (L. 5, § 11, D., 25, 3).  
« Idem judex æstimare debet, num habeat aliquid  
« parens, vel an pater, quod *merito* filios suos nolit  
« alere : Trebatio denique Marino rescriptum est,  
« merito patrem eum nolle alere, quod eum detule-  
« rat. »

L'émancipation n'enlève donc plus à l'enfant son  
droit aux aliments que dans le cas où l'exhérédation,

le priverait de sa part d'héritage. Tout concourt à reconstituer le contrôle que le *judicium abdicationis* avait établi sur l'*abdicatio*.

## § 2. *Effets bienfaisants de l'émancipation.*

L'émancipation débarrassée de tout ce qui pouvait en faire une arme pour le père n'est donc plus que le moyen de donner exceptionnellement au fils de famille romain cette indépendance et cette liberté que dans nos codes européens la majorité fait acquérir à tous et de plein droit. La volonté du père reste toujours souveraine en ce point; est libre l'enfant qu'il veut, et s'il le veut. Diverses influences pourront agir sur lui, des promesses, des libéralités même. La preuve pourra être facilitée, l'émancipation forcée pourra être imposée en certains cas, mais toujours en principe le consentement libre du père sera exigé : personne, disent les textes, ne peut forcer son père à l'émanciper (Inst., liv. I, tit. XII, § 10, L. 31, D., 1, VII).

Il y a donc maintenant à Rome une catégorie de jeunes gens, qui, du vivant de leur père, jouissent de droits analogues à ceux que notre Code civil confère à tous à partir de vingt et un ans. La comparaison avec l'ancienne situation, qui est encore celle de la plus grande partie de leurs compagnons d'enfance, est cu-

rieuse et attachante à faire : on a, juxtaposées, et vivant côte à côte les deux conceptions de l'état légal des fils de famille, la conception antique de Rome, sujétion perpétuelle, respect éternel des jeunes gens pour les vieillards ; et la conception moderne : développement des jeunes individualités, hardiesse et nouveauté.

Les trois principes qui résument la situation du fils émancipé sont les suivants : 1° C'est un *paterfamilias* ; 2° tous les droits qui appartenaient autrefois au *manumissor* ont été transportés tant bien que mal au *parens manumissor* ; 3° tous les droits de l'enfant à la succession des membres de sa famille lui sont conservés.

Le troisième principe a été développé ; il nous reste à étudier les deux autres.

1° C'est un *paterfamilias*.

Donc, si nous examinons le droit des personnes, il possède la plénitude de la liberté. Plus de consentement à demander pour contracter mariage, et en cela il est plus libre que « l'enfant de famille » de notre Code. Il peut adopter qui bon lui semble ; il peut émanciper, si cela lui plaît.

Au point de vue du droit des biens, même indépendance, nous allions dire, même souveraineté. Il peut figurer dans l'*in jure cessio*, cette procédure réservée au chef de famille (1) ; les actions où l'on prononce

(1) Gaius, II, 96.

les mots sacramentels : *hanc rem esse meam aio*, ne lui sont plus interdites. Il est en effet, propriétaire, il a le *dominium ex jure quiritium*. Il s'oblige librement sans s'occuper dorénavant du sénatus-consulte Macédonien. Il peut contracter même avec son ancien *pater* : leurs personnalités confondues jadis ont été séparées et placées, à ce point de vue, dans une condition parfaite d'égalité.

2° Les droits qui appartenaienent au *manumissor* ont été transportés tant bien que mal au *parens manumissor*.

Ce fils, devenu *paterfamilias* du vivant même de son chef de famille, constituait une anomalie ; et la question des rapports de ces deux *patresfamilias* était une question nouvelle, à laquelle les solutions de la coutume, en ce qui concerne les relations du *manumissor* et de l'ancien émancipé ne suffisaient pas. Sans doute, ce furent bien ces antiques règles qui formèrent le fond de cette nouvelle partie de la législation ; mais certaines dispositions conservées par le Digeste ont été inspirées par cette seule considération que l'ancien *paterfamilias*, malgré la rupture du lien légal, n'en est pas moins toujours le père de l'émancipé. Au livre XXXVII, t. XII, L. 1, § 6, nous voyons Julianus exprimer nettement la coexistence chez le *parens manumissor* de ces deux qualités, celle de patron et celle de père : « Nec enim  
« ei nocere debet, quid jura patronatus habebat, cum  
« sit et pater. » Ce sont là, en effet, les deux idées qu'il

faut avoir présentes à l'esprit, lorsqu'on veut se rendre un compte exact des rapports établis par la loi romaine entre le fils de famille et le père qui l'a émancipé.

Cette puissance morale que le père a sur son fils dans toutes les législations, par le fait seul qu'il est père, et que notre loi si soucieuse de l'indépendance de l'enfant a proclamé dans l'art. 371 (1) était naturellement reconnue à Rome : et que l'on ne dise pas que ce respect et cet honneur ne sont, somme toute, que le respect et l'honneur dus à l'ancien *manumissor extraneus* ; il y avait dans le pouvoir du père quelque chose de plus que dans celui de l'émancipateur. Il semble même avoir conservé plus que le droit au respect et à l'honneur, une sorte de *patria potestas*, adoucie, mitigée, avec des conséquences plus débonnaires : « Quærebatur, dit Papinien, Libro singulari *De adul-*  
« *teriis* (Lex Dei, t. IV, chap. VII), an pater emancipa-  
« tam filiam jure patris accusare possit. Respondi :  
« occidendi quidem facultatem lex tribuit eam filiam,  
« quam habet in potestate, aut quæ eo auctore in ma-  
« num convenit ; sed accusare jure patris ne quidem  
« emancipatam filiam pater prohibetur. » La *patria potestas* est morte, et le *jus patris* ne l'est pas. Voilà quelque chose de nouveau que les *jura patronatus* ne conféraient point.

(1) Art. 371. L'enfant à tout âge doit honneur et respect à ses père et mère.



Il n'en est pas de même des marques de respect exigées par l'usage du fils émancipé qui intente un procès à son père. Ces procès étaient assez fréquents. « Inter patres filiosque, quum intervenisset emancipatio, litigatum scio », nous dit Quintilien (*Inst. orat.*, XI, 1). Mais le magistrat devait donner son autorisation pour que le père pût être appelé en justice, et la coutume interdisait à l'enfant les actions infamantes et l'exception *doli*. Les mêmes dispositions avaient été probablement prises au profit du *manumissor extraneus* ; la raison était exactement la même, l'émancipé attaquait dans les deux cas un ancien juge, jadis souverain, qui avait été dépossédé de son pouvoir.

L'autorité du père ne semble pas avoir été non plus supérieure à celle du *manumissor*, en cas de tutelle. La tutelle fiduciaire paraît avoir été conservée purement et simplement (*Inst.*, L. 1, t. XIV, pr.). C'est dans la matière des successions que l'influence de cette idée que le *manumissor* était en même temps le père paraît avoir été la plus forte. Si on avait appliqué sans modification les droits du *manumissor* ancien, on sait les résultats qui en auraient découlé : en cas d'institution d'un *extraneus*, la *bonorum possessio dimidiæ partis*. Les jurisconsultes parurent trouver la réserve insuffisante et cherchèrent à l'augmenter. Julien donnait la solution suivante rapportée par Ulpien (L. 1, § 6, XXXVII, 12) : « Patrem autem accepta contra tabulas bonorum

« possessione, et jus antiquum quod et sine manumissionem habebat, posse sibi defendere. Julianus scripsit : nec enim nocere debet, quod jura patronatus habebat, cum sit et pater. »

Quel est ce *jus antiquum* ? C'est la question qui a embarrassé certains interprètes.

Deux traits doivent fixer notre attention dans ce texte : il y avait avant cette *bonorum possessio dimidiæ partis* un *jus antiquum*, un droit ancien qui appartenait au père en dehors de toute manumission, et en second lieu (*nec enim ei nocere debet*) cet ancien droit était plus avantageux pour lui que le nouveau.

Ceci posé, il nous est impossible d'admettre l'explication qui va demander le secret de ce passage aux lois caducaires. Nous ne voyons pas ce qu'elles apportent de lumière à la question : l'hypothèse est posée d'une façon générale ; aucune allusion ne permet de faire intervenir les *cælibes*, les *orbi* et les *præmia patrum*. Nous craignons bien que ce ne soit ce *jus antiquum* qui ait fait songer à cette théorie qui n'éclaire rien. La *querela inofficiosi testamenti* est à notre avis le mot de l'énigme. Le père l'avait avant toute manumission de sa part (*sine manumissione*), alors que la manumission venait d'un autre, il l'avait depuis que la *bonorum possessio unde decem personæ* lui était accordée : et elle était plus avantageuse que la *bonorum possessio dimidiæ partis*, puisque au lieu de faire tomber le testament pour moitié, elle le faisait tomber pour le tout.

La raison de douter venait précisément de l'existence de cette *bonorum possessio dimidiæ partis*. Rigoureusement, étant donné le caractère subsidiaire de la *quærela*, elle aurait dû disparaître devant la *bonorum possessio*. Mais les prudents trouvèrent le moyen de les accorder ensemble, sans supprimer ni l'une ni l'autre, en insistant sur la double qualité du *parens manumissor*, celle de *manumissor* et celle de *parens*.

Ils allèrent plus loin : dans la loi 3, du Digeste, même livre et même titre, Pacuvius donne la *bonorum possessio contra tabulas* pour le tout si les héritiers institués sont des *personæ turpes* : « Pacuvius ait, si turpes « personas (veluti meretricem) a parente manumissus « heredes fecisset, totorum bonorum contra tabulas « possessio parenti datur ». La tendance des jurisconsultes est donc, en cas d'absence de ligne descendante, de faire revenir tout entière au *pater* cette fortune du fils, qui n'est au surplus qu'un pécule détaché du patrimoine paternel : « Quippe, nous dit Ulpien, « au pr. de la loi 1, si filius familias esset, quodcum- « que sibi acquireret, ejus emolumentum patri quære- « ret. » Il a reçu de son père le *beneficium quærendorum bonorum*. Il en a joui. Le bienfait n'est-il pas suffisant ?

Peut-être, d'ailleurs, à cette considération qui rapprochait l'enfant émancipé de l'enfant en puissance, venait se joindre le souvenir des anciens *abdicati*. Comme eux les nouveaux émancipés allaient chercher

fortune, libres et sans soutien : ils ne sortaient pas d'un groupe pour disparaître dans un autre. On se demandait, comme autrefois pour l'*abdicatus*, si dans le cas où l'émancipé mourait sans descendance, il n'était pas raisonnable de faire remonter à la souche familiale la fortune de cette branche qui en était sortie.

Et c'est ainsi que des *jura patronatus* et des *jura patris*, les nouveaux droits du père sur son fils émancipé furent déduits par les prudents.

Nous nous rappelons qu'en fait, dès la plus haute antiquité, les fils de famille romains, demeurés en puissance, se préparaient par la gestion d'un pécule à leur rôle futur de chef de famille. L'émancipation survenant, l'administration cessait d'être contrôlée et devenait libre. C'était, du moins, ce qui se passait ordinairement.

Rien ne saurait mieux montrer le caractère éminemment bienfaisant et libérateur de l'émancipation que cette question du pécule.

Ces villas que le fils administre, ce comptoir qu'il dirige, s'ils ne lui sont pas formellement retirés, deviennent sa propriété. L'usage général a fait présumer la donation : « *Filius emancipatus*, dit le § 260 des *Fragments du Vatican*, *cui pater peculium non ademit, res quidem pro donato vel pro suo, quod justam causam possidendi habet, usucapit.* » — « *Pater, qui filiæ, quam habuit in potestate, ajoute la loi 34,*

« § 2, D., 39, 5, *mancipia donavit et peculium eman-*  
« *cipatæ non ademit, ex postfacto donationem vide-*  
« *batur perfecisse.* »

Ainsi ce patrimoine, cet ensemble d'immeubles, de meubles, de créances et de dettes, à la tête duquel la générosité paternelle l'avait placé, va sortir du grand patrimoine familial au moment même où l'enfant sortira de la puissance de son père. L'émancipation a pour but de donner un libre essor à son activité : il faut bien qu'elle lui conserve l'entreprise où cette activité peut seulement s'exercer. Pour supposer le contraire, il faut l'expression d'une volonté certaine, l'affirmation d'une décision catégorique.

Mais une difficulté provenait de la fameuse fiction de la *capitis minutio*, fiction qui, comme bien d'autres, avait été primitivement une réalité. Aux temps anciens, lorsque l'enfant chassé par la misère ou la sévérité paternelle disparaissait de la maison, on pouvait bien dire qu'il était mort à sa famille ancienne. S'il trouvait place ailleurs, on pouvait dire qu'il naissait pour sa famille nouvelle. Il partait seul et nu. La question ne se compliquait point d'intérêts pécuniaires. La théorie était donc toute simple et cadrant fort bien avec les faits. Il n'en fut plus de même à l'époque classique où il s'agissait de conserver en la personne du fils, malgré l'émancipation, tous les droits qui constituaient le pécule *castrense* — ce pécule à l'égard duquel l'enfant était déjà considéré comme un *paterfamilias* — et où

d'autre part il fallait transporter en lui tous ceux qui composaient le pécule profectice.

La coutume se suffit à elle-même en ce qui touche le pécule *castrense*. Elle ne tint pas compte de la *capitis minutio*. « Filii familias in castrensi peculio, dit « Ulpien (L. 2, D., 14, 6), vice patrum familiarum funguntur. » *Paterfamilias* avant l'émancipation, il conservait sa situation après la rupture de la puissance paternelle (1). Son testament que la *capitis minutio* aurait dû rendre nul (*irritum*, Gaius, II, §§ 145 et 146) subsistait dans toute sa force. « Si filius familias emancipatus est, disent les Institutes (II, XI, 5), testamentum ejus quasi militis ex nova voluntate valet, « nec videtur capitis deminutione irritum fieri. » En créant une personnalité toute spéciale en faveur des fils de famille soldats, la coutume eut conscience de la nécessité d'en affirmer la permanence. Elle voulait faire une révolution, elle ne la fit pas à demi.

Pour le pécule profectice, au contraire, on se heurtait à une tradition bien établie. Le préteur intervint pour user tout doucement les conséquences de la *capitis minutio* et accorder l'idée antique avec le but nouveau que l'on poursuivait. Toute son œuvre ne saurait être retracée ici autrement que par une esquisse. Il nous suffit de mettre en antithèse les efforts du magistrat pour développer l'émancipation bienfaisante,

(1) L. 12, D., 49, 17.



et ses efforts — déjà étudiés — pour détruire l'émancipation répressive, à l'aide de ses deux procédés : l'action fictive et la *bonorum possessio*, qui ne sont que deux formes de l'*in integrum restitutio*.

C'est au sujet du passif du pécule profectice que les réformes du prêteur ont le plus d'importance. Rigoureusement, la *capitis minutio* entraînait l'extinction de la dette (L. 2, § 2, *De cap. min.*). Cette perte, absolument injuste, qui menaçait les tiers, aurait eu pour conséquence de ruiner — au moins en partie — le crédit du fils qui gérait un pécule profectice, et par suite de lui rendre moins facile l'apprentissage de la liberté. Une action utile est accordée contre le *capite minutus* (L. 2, § 1, *De cap. min.*). Seulement cette correction d'une injustice flagrante peut amener une autre injustice. L'enfant peut être émancipé sans pécule, et cependant la faveur faite au créancier est générale. Cette lacune est comblée; la condamnation ne pourra jamais dépasser la valeur des biens de l'émancipé (L. 2 pr., XIV, 5).

Quant à l'actif du pécule, la *capitis minutio* ne produit pas sur lui à l'époque classique des effets bien énergiques. Les créances, par exemple, appartiennent au père (Inst., § 1, III, XVII). Il peut les transmettre à son fils, au moment de l'émancipation, par les modes de cession ordinaires (voir le § 260 des *Fr. du Vatican*). Mais la règle que toutes les créances civiles sont acquises au père fut peu à peu adoucie. On permit au fils

d'exercer les actions de certains contrats : du dépôt et du commodat qu'il a conclus (L. 9, D., XLIV, 7 ; L. 13, *eod.*), même du prêt qu'il a fait et du mandat qu'il a donné (Ulp. L., 18, § 1, liv. V, t. I). Cette faculté, absolument nouvelle, ne pouvait être atteinte par la vieille règle de la *capitis minutio*. Elle avait peine à maintenir ses effets ; elle ne pouvait pas les étendre. L'usufruit et l'usage, légués au fils, disparaissent cependant encore par l'effet de sa *capitis minutio*, comme ils disparaîtraient par l'effet de son décès (§ 57, *Fr. Vatic.*, L. 1, pr. D., VII, 4). Bientôt ces exceptions elles-mêmes sont restreintes : la *capitis minutio*, au dire des prudents, n'a pas de prise sur les droits qui consistent *potius in facto quam in jure* ; ils doivent suivre sans secousse et sans encombre le fils émancipé de son existence ancienne dans son existence nouvelle.

La rupture de cette terrible puissance paternelle, au lieu de ce bouleversement de l'existence qu'elle entraînait jadis, n'apporte donc plus que le dérangement causé par une cérémonie bientôt faite — et la satisfaction de se sentir maître de soi et maître de ses biens.

---

## CHAPITRE III

### L'ÉMANCIPATION SOUS LES DERNIERS EMPEREURS

Ici l'émancipation va prendre l'aspect qu'elle a dans notre ancienne France et spécialement dans notre ancienne France de droit écrit. Il ne nous reste pas de tableau d'une émancipation de l'époque d'Anastase ou de Justinien, mais nous avons ce tableau si pittoresque d'émancipation limousine de la fin du xviii<sup>e</sup> siècle, que M. Guibert a retrouvé, et qui excite l'admiration de M. Viollet dans son *Histoire du droit français*. Il s'agit d'un prêtre de quarante-sept ans, fils d'un libraire de Limoges. Devant le juge du tribunal de district, — le 12 juin 1792, — « le fils se met à genoux, « les mains jointes, et prie son père de l'émanciper, « afin qu'il puisse traiter dans ses affaires comme une « personne libre et indépendante. Le vieillard déclare « consentir à ce que son fils soit désormais affranchi « de l'autorité paternelle, en signe de laquelle éman- « cipation, le père a relevé son fils, et lui a disjoint « les mains (1). »

(1) L. Guibert, *La famille limousine*, p. 23, 24.

Voilà la forme de la nouvelle émancipation romaine, — la forme exigée à partir de l'empereur Anastase (Inst., § 6, I, 12), — voilà le but nouveau que l'on poursuivait bien avant lui. La puissance paternelle pèse aux fils romains, et ils veulent traiter leurs affaires en personnes libres et indépendantes. L'émancipation n'a plus que cette utilité : la sanction de l'autorité paternelle réside uniquement dans l'exhérédation que Justinien va bientôt réglementer.

Une idée tend, d'ailleurs, à prévaloir à cette époque, que la soumission à une puissance domestique est un asservissement dont les hautes fonctions doivent délivrer. Nous avons signalé une application isolée de cette conception (1) aux époques reculées où le respect de la *patria potestas* exerçait un empire incontesté. Maintenant nous assistons à son triomphe. Justinien décide que le *patrice* sort de la puissance paternelle (L. 5, C., *De consul.*, XII, 3). La réforme est étendue par la nouvelle 81 aux évêques et à un certain nombre de dignités civiles, celles qui affranchissent de la curie (L. 66, C., *De decur.*, X, 30). C'est au fond une idée barbare. Le barbare répugnait à la *patria potestas*. « Ce que les  
« Germains ont surtout apporté dans le monde romain,  
« c'est l'esprit de liberté individuelle, le besoin, la  
« passion de l'individualité. » Voilà en quels termes s'exprime Guérard dans son *Cours d'Histoire moderne*

(1) Flamine Dial, vestale.

(t. I, p. 287) (1). Il suffit, pour s'en convaincre, d'observer l'usage que les Germains faisaient de l'émancipation. *Ætatem legitimam virtus facit*, disaient-ils ; sitôt la majorité arrivée — et elle était excessivement précoce, — « le majeur, en quittant l'habitation de « son père, pouvait s'affranchir de la puissance paternelle (2). » Cette indépendance de la jeunesse a été expliquée d'une façon très plausible par l'illustre Le Play ; elle dérive, d'après lui, de l'état économique des peuplades germaniques, qui ne vivaient pas seulement d'agriculture, mais aussi de la chasse. On comprend que la vie d'aventures et de fatigues des peuples chasseurs donne tout naturellement la prééminence aux hommes jeunes et forts. C'est un privilège que la chasse partage avec la guerre ; et il est assez curieux de noter, que ce fût précisément la création du *pécule castrans*, — composé exclusivement de butin de guerre, — qui porta le premier coup sensible à la *patria potestas* romaine.

Sil'on songe maintenant que les soldats d'origine germanique s'étaient glissés peu à peu dans toutes les hautes fonctions de l'empire et jusque sur le trône, et que leurs masses agglomérées dans certaines provinces formaient une partie importante des sujets des deux empereurs, on ne saurait s'étonner que leur conception de

(1) Cité par Serrigny, *Droit admin. rom.*, introd., p. 9.

(2) Viollet, *Précis d'Hist.*, p. 428.

L'indépendance nécessaire à l'homme adulte se soit insinuée dans les idées courantes du Bas-Empire et ait été consacrée en partie par les lois. Nous ne voulons pas dire par là, d'ailleurs, que sans l'influence germanique l'évolution de la théorie romaine de l'émancipation se fût dirigée dans un sens différent du sens historique ; loin de là, nous savons déjà par les textes de l'époque classique que les Romains y étaient d'eux-mêmes entraînés. L'infiltration barbare n'a eu qu'une conséquence, c'est d'accélérer le mouvement.

A l'influence barbare convient-il de joindre l'influence chrétienne ? Nous sommes au siècle de Constantin : la religion nouvelle qui remplissait les armées et les prétoires s'est assise triomphante sur le trône impérial. Il semblerait au premier abord que l'enseignement de ces Apôtres dont le Maître disait : « Quiconque ne quitte pas son père et sa mère pour me suivre n'est pas digne de moi », va amener la désagrégation de la famille et l'affaiblissement du groupe au profit de l'individu. Le scepticisme des politiques, la haine fanatique des sectateurs de l'ancien culte virent même dans ces paroles divines un outrage au pouvoir du père, un attentat à la sainte paternité de l'empereur. L'événement dissipa les craintes et fit taire les haines. Le pouvoir du père ne fut pas amoindri : son énergie et sa rudesse s'imprégnèrent chaque jour davantage de la tendresse et de l'amour évangéliques. Il en résulta sans aucun doute plus de facilité à accorder l'émancipation



de la part des pères. On eut plus de tendance à se démettre de son autorité : ce qui seconda peut-être jusqu'à un certain point l'idée barbare. L'idée chrétienne se manifesta surtout, cependant, par la multiplication des cas d'émancipation forcée. La morale du Christ avait ouvert les yeux sur bien des défaillances qui avaient bénéficié jusqu'alors de l'indulgence païenne. Dans certains cas, qui passaient inaperçus jadis, l'indignation publique réclamait prompt justice du père qui méconnaissait ses devoirs ; et la peine de l'émancipation forcée était la peine préférée. Ainsi au Code, L. 12, *De episc. audiend.*, 1, 4 et L. 6, *De spect. et scen.*, XI, 40, Théodose et Valentinien l'emploient contre le père qui veut prostituer sa fille ; auparavant l'évêque doit intervenir : ce n'est que lorsque l'efficacité des moyens spirituels est en défaut que le législateur se décide à frapper. Il y a là une entente fort juste du rôle des différentes autorités en cette délicate matière : d'abord l'autorité spirituelle, héritière des anciens censeurs, puis comme dernier recours : la loi. Même disposition en ce qui touche les enfants abandonnés (L. 1, C. Th., *De inf. expos.*, V. 7). Justinien les rend *sui juris* : c'est ici un cas d'émancipation légale plutôt que d'émancipation forcée (L. 3, C., VIII, 52). L'émancipation forcée reparaît dans la nouvelle 12 C. pour affranchir de la puissance paternelle les enfants légitimes d'un homme qui a contracté une seconde union incestueuse.

Voilà les deux influences nouvelles qui se manifes-

tent dans cette troisième période : elles ne font, comme on le voit, que marquer plus profondément le caractère que l'émancipation a revêtu à l'époque classique. Le mouvement se continue rigoureusement dans le même sens : rien d'imprévu, rien d'extraordinaire. Les éléments accumulés par le temps et qui formaient par suite un assemblage sans trop de cohésion, se classent paisiblement, se lient en un tout compact : quelques restes des époques lointaines disparaissent ; quelques formes vieilles s'en vont, et aussi quelques conséquences nouvelles se tirent du principe qui a triomphé.

Ainsi, considérons la forme de l'émancipation ; elle est simplifiée et rendue plus facile. Justinien décide qu'il suffit désormais d'une déclaration devant le magistrat (L. 6, C., *De emanc.*). Anastase avait déjà permis l'émancipation des absents : le fils peut, en effet, faire le négoce dans un pays éloigné ; malgré cet obstacle légal, un rescrit impérial, inséré *apud acta judicis*, aura la même vertu que les rites anciens. Dans les deux cas le *manumissor* disparaît sans retour. L'émancipation anastasienne produit les mêmes effets que l'affranchissement *contracta fiducia* (L. 11, C., *De leg. hered.*, VI, 58), et la fiducie se sous-entend dans la forme de Justinien.

A cette simplification il convient d'en joindre une autre, qui est bien la simplification à outrance. Une nouvelle de l'empereur Léon (nouvelle 25) admet l'émancipation faisible, ou émancipation par domicile dis-

inct. C'est là au premier chef un usage germanique qui se maintint dans certaines de nos provinces françaises jusqu'à la Révolution (1) et que l'on retrouve chez tous les peuples soumis à la coutume pure. Nul doute qu'en consacrant cet usage, les Romains ne soient revenus sans le savoir à une pratique familière à leurs pères ; ils ramenaient leur droit à sa forme primitive pour le mettre à la portée de leurs populations rurales alors au degré de civilisation où ils avaient été sous les rois.

Nous pourrions reprendre un à un les effets de l'émancipation de l'époque classique ; pour chacun d'eux nous verrions le même phénomène se produire : accentuation et netteté grandissante de l'émancipation libératrice. L'émancipation répressive déjà si affaiblie n'est plus représentée que par le texte des Institutes, *De adop.* L'exhérédation a complètement triomphé de sa rivale tout en étant réglementée et diminuée par les réformes de Justinien. Les conséquences nuisibles vont sans cesse en diminuant : Anastase les détruit en ce qui concerne les successions des frères et sœurs de l'émancipé (§ 1, Inst., *De succ. cognat.*) ; les droits de tutelle cessent d'être détruits (L. 4, C., *De legit. tut.*, 5, 30) et sous Justinien on peut dire que l'émancipation n'a plus d'influence sur les rapports juridiques entre frères et sœurs (L. 15, §§ 1, 2, 3, C., *De leg. hered.*, 6, 58). Les conséquences bienfaisantes se développent

(1) *Précis d'Histoire du droit*, Viollot, p. 440.

au contraire : l'effet de la *minima capitis deminutio* est effacé et le pécule accompagne sans modification le fils de famille dans sa vie nouvelle de *paterfamilias* (Inst. §§ 4 à 8, III, 25).

Il ne nous reste plus, pour avoir une idée exacte de cette époque sur laquelle tout a été dit, et où le rôle de l'émancipation a été parfaitement compris et décrit, qu'à dire quelques mots de deux institutions qui n'apparaissent qu'au Bas-Empire : le *præmium emancipationis* et le retrait d'émancipation pour cause d'ingratitude.

A mesure que les cas de libération de la puissance paternelle devenaient plus nombreux, les mêmes influences qui tendaient à faire du père et de l'enfant deux chefs de famille, faisaient distinguer de plus en plus dans l'intérieur de la famille même leurs deux personnalités. Ce moyen employé nous est connu : ce sont les différentes sortes de pécule, et principalement le pécule adventice (1), qui fut créé par Constantin (L. 1, C., *De bon. mat.*, VI, 60). D'abord il ne comprenait que les biens provenant de la succession de la mère ; il s'étendit constamment sous Honorius et Arcadius (L. 2, C., *De bon. mat.*), comme sous Théodose et Valentinien (L. 1 et 5, C., VI, 61) et surtout sous Justinien (L. 6, C., VI, 61). Le père jouissait de ce pécule dont le fils n'avait que la nue-propriété. Il en résultait

(1) Accarias, t. I, n° 298, note 4.

que le développement de la personnalité du fils dans la famille nuisait à son affranchissement complet : la crainte de perdre l'usufruit d'une fortune importante rendait les émancipations plus rares. Ce n'était pas le compte du pouvoir impérial, qui favorisait les tendances nouvelles ; et Constantin, le créateur même du pécule adventice, permit au père de retenir le tiers de ce pécule comme prix de l'émancipation (L. 6, § 3, C., VI, 61). Justinien substitua au tiers en toute propriété la moitié en usufruit (L. 6, § 3, C., VI, 61) ; et ce fut ainsi que ces deux institutions, l'émancipation et les pécules cessèrent de se contrarier l'une l'autre et concoururent désormais sans se nuire au but identique pour lequel elles avaient été créées.

L'isolement, ou pour nous servir d'une expression moderne, l'individualisme, est décidément la passion qui domine chez les fils de famille romains : la sujétion quotidienne aux ordres d'un vieillard leur paraît insupportable, et les constitutions impériales en font un châtiment. Constantin décide que l'émancipation pourra être révoquée pour cause d'ingratitude (*Fr. Vat.*, § 248, *L. unic. C., De ingr. lib.*, VIII, 50).

C'est sur cette décision qu'il convient de finir : la soumission à la puissance paternelle devenue une peine ! Nous avons commencé par l'étude de l'*abdicatio*, qui faisait de l'expulsion de la famille la punition la plus terrible des fils insoumis.

---

# DROIT FRANÇAIS

---

## DU CONTROLE DE LA JUSTICE SUR LES DROITS PATERNELS DE CORRECTION ET D'ÉDUCATION

---

### INTRODUCTION

S'il est vrai, comme l'a prétendu Destutt de Tracy, « que les gouvernements soient des ulcères qu'il faut circonscrire le plus possible », notre société française doit inspirer les plus vives inquiétudes. L'esprit d'envahissement de l'Etat s'y manifeste de plus en plus et l'esprit de résistance des particuliers de moins en moins. Dans l'atelier, où il se présente sous le nom affreux de socialisme, on le reçoit, il est vrai, en intrus, et on lui fait rude guerre ; mais dans la famille, où



il a revêtu l'aspect plus aimable de la justice, il n'y a pour lui que cris de reconnaissance et souhaits de bienvenue.

L'objet de cette étude est précisément la lutte de la jeune souveraineté de l'Etat et la vieille souveraineté de la famille. Nous voulons indiquer les limites que l'expérience du passé et les théories du temps présent ont proposé d'établir entre ces deux groupes essentiels à la fin de l'humanité, au point de vue du droit de correction et du droit d'éducation.

---

## CHAPITRE PREMIER

### LES LEÇONS DE L'EXPÉRIENCE

#### SECTION PREMIÈRE

##### LA TRADITION

L'expérience en matière sociale s'appelle aussi la tradition. A un certain moment la tradition fut très méprisée. On n'acceptait ses enseignements que refondus au creuset de la raison pure. On s'aperçoit maintenant que l'application de la raison pure à la sociologie ne donne que des résultats déplorables et que la méthode déductive, excellente pour un autre ordre d'idées, doit ici céder le pas à la méthode d'observation.

Pendant que les esprits les plus « scientifiques » lui jetaient l'anathème, la tradition représentait donc seule la science, puisqu'elle n'était que l'ensemble des résultats de la méthode expérimentale, reconnue la seule exacte aujourd'hui.

La nationalité française est formée de deux races — gallo-romaine et germanique --- réunies par une même foi : la foi chrétienne. Que l'on examine sur notre sujet les enseignements qui nous viennent des hommes ou ceux qui nous viennent de Dieu, on voit qu'ils se résument dans cette phrase bien connue : « Il faut rendre l'autorité toute-puissante dans la famille afin qu'elle devienne moins nécessaire dans l'Etat. » (Jules Simon, *La Liberté*, tome I, 2<sup>e</sup> partie, chap. 1.) D'où les deux principes : souveraineté du père, abstention de l'Etat.

#### § 1. *Doctrine théologique.*

On trouve parfois la doctrine de la Bible très fidèlement résumée chez ses plus implacables ennemis. « Eve s'écria : « Dieu m'a accordé la possession d'un « homme », dit M. Accolas dans sa *Philosophie de la Science politique* (1877, p. 59). « C'est sur cette parole que les théologiens ont édifié leur théorie (de la puissance paternelle). Selon eux, l'enfant, à tout âge, doit à ses père et mère l'obéissance. » Il aurait pu citer plus simplement le quatrième commandement du Décalogue : « Honore ton père et ta mère, afin que tu sois d'une longue vie sur la terre que le Seigneur te donnera. » Il y a deux remarques à faire à ce sujet : les préceptes judaïques, conservés intégralement par

l'Eglise chrétienne, placent dans leurs rapports avec leurs enfants le père et la mère sur la même ligne : « Ecoutez, mon fils, dit le livre des Proverbes (I, 8), les instructions de votre père et n'abandonnez point la loi de votre mère. » Au contraire, l'Etat apparaît-il, il ne connaît que le père, chef de l'unité familiale, qui la représente au dehors (1). Donc inégalité de droit absolue entre le père et la mère dans les relations extérieures de la famille ; égalité de fait absolue dans son régime intérieur au point de vue du pouvoir sur les enfants (2). Si nous insistons sur ce dernier point, c'est que nous verrons une tentative pour faire passer dans le domaine du droit cet état de fait ; une création de l'autorité maternelle à côté de l'autorité paternelle, invention très habile des partisans du droit de l'Etat, qui a besoin de deux autorités rivales pour intervenir et finalement régner en maître.

Le fondement du droit du père et de la mère, c'est le péché originel. L'homme naît méchant : il est porté aux instincts pervers par l'inclination que lui a imprimée la première faute de ses ancêtres. Aussi la première tâche des parents est-elle de réfréner, au besoin par la force, les tendances mauvaises qui se manifestent en lui. « La folie est liée au cœur de l'enfant et la verge de la discipline l'en chassera », dit le livre des

(1) Cellerier, *Esprit de la législation hébraïque*, t. II, p. 69.

(2) Voir sur la situation de la femme juive, *Ecclésiastique*, VII, XXVI, *Proverbes*, XXXI.

Proverbes (XVII, 15). « Celui qui épargne la verge hait son fils ; mais celui qui l'aime s'applique à le corriger » (XIII, 24) (1), ajoute-t-il encore. Cette idée revient souvent dans les textes sacrés. On ne saurait s'en étonner : elle est à la fois la base de la religion et de la constitution sociale.

La tradition de l'Ancien Testament a été fidèlement recueillie par le Nouveau : « Le roi domestique, le père est roi par droit, dit Mgr Dupanloup (*De l'Education*, t. II, p. 139), par un droit primitif, par un droit supérieur et divin, par un droit inaliénable. » A ses côtés, la mère de famille poursuit la même œuvre que lui, mais par d'autres moyens : sa tendresse persuasive vient au secours de la sévérité du père dans la lutte contre le grand ennemi : l'esprit du mal inné chez l'enfant. « La faiblesse des organes est innocente chez les enfants, nous dit saint Augustin (2), mais non pas leur âme. J'ai vu, j'ai vu moi-même un petit enfant dévoré par la jalousie : il ne parlait pas encore ; mais tout pâle, il regardait d'un œil haineux son frère de lait... Est-ce innocence chez un enfant, que de ne vouloir pas partager une source de lait, si abondante et même trop abondante, avec un enfant aussi faible que lui?... Non, cette innocence n'existe pas. »

Voilà le principe de la souveraineté du père exprimé

(1) Voir encore *Proverbes*, XIX, 18; XXIII, 13; XXIX, 15; XXIX, 17.

(2) *Confessions*, I, VII, 19.

aussi clairement que possible. Que va nous dire la doctrine théologique sur l'autre principe, l'abstention de l'État ?

Quant on dit abstention de l'État, il faut entendre abstention en règle générale. Le sens commun et le sens moral ont toujours fait introduire quelques exceptions, — exceptions qui doivent être extrêmement rares, mais que l'on ne peut supprimer. Le Deutéronome (XXI, 18-21), prévoit un cas d'intervention de l'Etat. Le droit de faire mourir l'enfant n'est exercé que sous le contrôle des anciens : « Si un homme engendre un fils rebelle et insolent, qui n'écoute pas le commandement de son père ou de sa mère, et qui, ayant été repris, dédaigne d'obéir, ils le prendront et le conduiront aux anciens de la ville et à la porte du jugement, et ils leur diront : notre fils est insolent et rebelle, il dédaigne d'écouter nos avertissements... Le peuple de la ville le lapidera. » On voit de quelle manière se manifeste l'intervention de l'Etat : le père doit exposer les raisons de sévir contre le fils révolté à la réunion des pères de famille les plus âgés et les plus respectés de la cité. Si les anciens approuvent le père, le coupable est livré à la foule qui le massacre. Il y a là une restriction du droit de correction. Le pouvoir social se croit le droit d'arrêter le bras du père qui veut frapper, comme autrefois l'ange de Dieu arrêta le bras de l'ancêtre de la race, Abraham (Genèse, XXII, 11-12). Quant au droit d'éducation, il a pleine liberté de s'exer-



cer à sa guise. Cependant les prescriptions de la loi ordonnent au père de faire connaître à l'enfant les commandements de Jahveh, vrai roi d'Israël, et aussi l'histoire de son peuple, qui est l'histoire de ses bienfaits. S'il le faisait en violant la pure doctrine de l'orthodoxie, il pourrait tomber sous le coup du premier commandement du Décalogue et des terribles peines réservées aux apostats.

L'Eglise chrétienne, tout en proclamant, et nous avons vu avec quelle force, le droit du père, sent qu'il peut être la source d'abus, et ne pousse pas jusqu'au bout les conséquences de ce fait « que l'enfant est la chair et le sang de ses parents » (1). Son analyse délicate lui fait dire avec saint Thomas (*Sentences*, liv. II. *Distinct.*, XXXIII, Q. 1, art. II) : « Est autem filius res  
« quædam parentis quantum ad corpus, quod a patre  
« habet, et quantum ad res mundi, de quibus filius pa-  
« trem juvare tenetur. Sed quantum ad animam, quæ  
« immediate a Deo creatur, non est res parentis,  
« sed ipsius Dei ». « Anima a Deo immediate creatur » ! Qui dit cela aussi nettement admet que l'enfant a une personnalité à lui, bien distincte, et cette idée de personnalité est proche de celle d'indépendance. La conception matérialiste des anciens temps porte à la sujétion du fils ; la conception spiritualiste à la liberté ! Il s'agit de ne verser ni dans un excès ni dans l'autre,

(1) Aristote, *Mor.*, ὥσπερ γὰρ μέρος τι ἐστὶ τοῦ πατρὸς ὁ υἱός.

de maintenir le respect du père par la doctrine primitive et de remédier aux abus par la doctrine nouvelle. L'Eglise, pour arriver à ce double résultat, se tint en général en dehors de l'action de l'Etat. Elle accepte les restrictions imposées par la loi romaine, mais elle les laisse s'abîmer dans la destruction de l'Empire, si bien qu'au xvii<sup>e</sup> siècle, les principes de la matière sont incertains, et que le Parlement de Paris tente de les fixer dans plusieurs arrêts de règlement. C'est qu'elle avait bien compris que la réforme était surtout une réforme morale, que les devoirs des parents, et par suite les droits des enfants, ne doivent pas être inscrits dans les Codes, « sous peine », comme le dit Mgr Dupanloup, « de donner aux enfants l'encouragement de l'orgueil et le signal de l'indépendance », que c'est affaire discrète entre le prêtre et le père, entre la conscience et Dieu, et qu'un tribunal seul a la délicatesse suffisante pour en poser les véritables règles, le tribunal du confesseur. Au moment où la Réforme vint apporter le doute dans les cœurs et la division dans les croyances, ce régime de « contrainte divine » dut céder la place à un régime de « contrainte politique ». Le prêtre fut remplacé par le juge du roi.

## § 2. *Tradition romaine.*

Le père est tout dans la famille romaine, les enfants rien. Quant à la femme, ou bien elle était mariée avec

*manus* et était alors *loco filix*, ou bien sans *manus*, et alors elle ne faisait pas partie de la famille de son mari.

Le père, au point de vue du droit, concentrait en lui tous les pouvoirs domestiques, ou plutôt il n'en avait qu'un, la *patria potestas*. La *materfamilias* pouvait exercer en fait la plus grande influence, et elle l'exerçait le plus souvent. C'était tout, la loi ne lui donnait aucune autorité sur ses enfants.

Concentration intérieure, occlusion extérieure, voilà les deux caractères de la famille romaine (1). Ce petit groupe si énergiquement organisé était fermé à toutes les influences du dehors autres que celle de l'opinion publique personnifiée par le censeur. Il avait un maître à sa tête, assisté du tribunal des proches, et point de maître supérieur intervenant entre son chef et lui.

Le Code pénal de la famille contenait toutes les peines de nos Codes modernes et quelques autres encore que nous avons oubliées : la peine de mort (*jus vitæ necisque*), l'emprisonnement, les punitions corporelles et morales, enfin l'*abdicatio* transformée plus tard en *emancipatio* et en *exheredatio*. Jamais le droit de correction du père ne fut mieux armé.

Dans la décomposition morale de l'Empire romain, il ne pouvait guère être fait un usage équitable d'une puissance aussi complète. Les abus furent fréquents et

(1) Voir Ihering, t. II, p. 153.

graves. L'État se décida à intervenir et employa, à cet effet, trois moyens différents : la répression pénale, la déchéance du père lorsque le fils a été injustement atteint dans sa personne, la rescision en justice de l'acte paternel, lorsque c'est un acte juridique qui atteint l'enfant dans ses droits.

L'ordre chronologique fait apparaître la première cette deuxième catégorie de moyens. Le *judicium abdicacionis* est suivi de près par la *querela inofficiosi testamenti*; les deux instances sont la copie l'une de l'autre. L'*abdicatio* disparaît de bonne heure et l'*emancipatio* qui la remplace perd successivement tous ses effets nuisibles. La *querela inofficiosi* est elle-même profondément modifiée par la novelle 115 de Justinien.

Quant à la répression des châtimens corporels, on ne la rencontre que beaucoup plus tard. En cas de mauvais traitements, Trajan force le père à émanciper son fils (L. 5, XXXVII, 12). Le mot de déchéance traduit mal cette nouvelle émancipation : le père est censé abdiquer, un peu comme le roi dans la Constitution de 1791. Mais le pouvoir central grandissant retournera bientôt contre le père ce droit de tuer qu'il avait exercé si longtemps sans contrôle. Il le punira de la peine du talion. Le père meurtrier de son fils subit, à partir de Constantin, le châtiment du parricide (L. *unic.* C., IX, 17). Adrien n'avait osé le condamner qu'à la déportation (L. 5, XLVIII, 9).

Voilà l'intervention de l'État en matière de correction paternelle.

Elle n'est guère plus active en matière d'éducation.

Une action, celle de la loi Julia (Dig., L. 19, 23, 2), fut peut-être la plus grave atteinte portée au droit d'éducation du père. « Capite trigesimo quinto « legis Juliae, dit Marcien, qui liberos, quos habent « in potestate, injuria prohibuerint ducere uxores, vel « nubere (vel qui dotem dare non volunt, ex constitutione divorum Severi et Antonini), per proconsules, « præsidesque provinciarum coguntur in matrimonium « collocare et dotare. Prohibere autem videtur, et qui « conditionem non quærit ». Le but apparent était de favoriser les mariages. Mais le but caché était tout autre. Portalis ne s'y est point trompé. « Cette action fut inconnue tant que Rome conserva ses mœurs républicaines, disait-il aux conseillers d'Etat lors de la discussion du Code civil (4 vendém. an X). Les empereurs entreprirent de les changer, et dans cette vue, ils tentèrent d'affaiblir la puissance paternelle, qui était étroitement liée à ces anciennes mœurs. La loi n'a pas eu d'autres motifs ».

Qui doit doter l'enfant doit *a fortiori* le nourrir. L'obligation alimentaire du père était sanctionnée par le juge (LL. 5, § 1, et 8, D., XXV, 3). Mais les parents romains s'en débarrassaient fréquemment par l'exposition. Jusqu'à Constantin, le père conserva le droit de revendiquer l'enfant exposé contre la personne qui l'a-

vait recueilli (Code Just., L. 16, V, 4 ; L. 1, VIII, 52). Il devait seulement rembourser les frais d'aliments. Constantin décida que l'éducateur acquerrait désormais sur l'enfant un droit préférable à celui du père (Code Théod., 6, 1. *De expositis*). Valentinien, Valens et Grattien frappent les père et mère d'une peine (Code Just., VIII, LII, 1, 2) et enfin Justinien émancipe l'enfant (C. Just., LL. 3 et 4, VIII, 52).

L'abus du droit d'éducation ne donne lieu qu'à une seule mesure, à la création d'un nouveau cas d'émancipation forcée. Théodose et Valentinien (L. 6, C., XI, 40) l'ont imposée au père qui contrainst sa fille à la prostitution.

Le mariage peut être dissous par le divorce. Ce moment fatal de la désagrégation de la famille a toujours été favorable aux entreprises du pouvoir. Les lois romaines nous en offrent un témoignage nouveau. Il est un jugement rendu par l'empereur Hadrien, un *decretum*, dont il est fait mention au Digeste, LL. 1, § 3, et 3, § 5, *De liberis exhibendis*, et qui contient une innovation d'une extrême importance : « Etiam si maxime  
« autem probet filium pater in sua potestate esse, dit ce  
« second texte, tamen, causa cognita, mater in retinendo eo potior erit ; idque decretis divi Pii quibusdam continetur ; obtinuit enim mater ob nequitiam  
« patris, ut sine deminutione patriæ potestatis apud eam  
« filius moretur ». Ce texte constitue la première application d'un procédé qui devait devenir familier aux



tribunaux français du xix<sup>e</sup> siècle. Voilà la puissance paternelle divisée par l'esprit subtil de l'empereur, puissance de droit restant au père (*sine deminutione patriæ potestatis*), puissance de fait passant à la mère. Nos jurisconsultes disent : jouissance et exercice ; c'est au fond la même idée. Le principe est posé. Dioclétien (L. 1, Code Just., V, 24) étendra encore les pouvoirs du juge, et Justinien, dans sa nouvelle 117, c. vii, confiera les enfants à la mère non remariée, lorsque le divorce sera imputable au père, et au père dans le cas inverse. L'égalité des droits paternels est presque reconnue entre eux. En même temps s'était produit un mouvement qui avait créé la tutelle de la mère survivante. Mais ici l'enfant est *sui generis*, et nous ne pouvons pas le suivre dans ce nouvel état.

Voilà les armes dont la jurisprudence pouvait alors user contre le droit du père. Elle n'en connaît pas d'autres encore aujourd'hui. Cependant, pour juger de leurs effets chez nous et à Rome, il convient de regarder à quelles mains elles sont confiées. Un rouage social est peu de chose ; les hommes qui sont chargés de le mouvoir, voilà l'important. Or, à Rome, ce contrôle du pouvoir le plus respectable de l'Etat, le pouvoir paternel, appartenait au préteur ou au *præses provinciæ*, d'une part, aux centumvirs de l'autre : c'est-à-dire à des magistrats dont l'influence et l'autorité morale ne peuvent être comparées (surtout pour le préteur) qu'aux grands juges de l'Angleterre, et au tribunal le plus vénéré de

l'empire, au jury traditionnel dont l'origine lointaine remontait aux premiers siècles de la cité.

Le principe de la souveraineté de la famille restait d'ailleurs incontesté. On savait, par expérience, que cette institution risque, comme le dit Ihering, d'être froissée, d'être blessée lorsque le législateur la touche de sa rude atteinte, et veut lui imposer le moule de sa propre conception. Le respect du père restait toujours la base de l'ordre social. Les sophistes grecs, à qui la jeunesse romaine allait demander la vaine science des arguties et des subtilités lui portaient cependant des coups sensibles. Aulu-Gelle nous a conservé, liv. II, VII, l'exposé des arguments par lesquels ils prouvaient rigoureusement aux étudiants des écoles qu'il ne fallait jamais obéir à son père. « Les ordres d'un père, disaient les philosophes, sont justes ou injustes. S'ils sont justes, le fils doit obéir, non parce qu'il reçoit un ordre, mais parce qu'il faut faire ce qui est bien ; s'ils sont injustes, le fils ne doit point agir, parce que le mal est défendu. » Voilà de la logique qui allait assez au rebours du bon sens. Le bon Aulu-Gelle en a laissé une longue et subtile réfutation, où les distinctions et les divisions ne sont pas épargnées. La rude droiture de jugement des vieux Romains y avait fait une réponse bien meilleure en expulsant les argumentateurs du territoire de la République. Mais l'invasion grecque avait fini par submerger Rome. Les chefs-d'œuvre de la science et de la politique des vaincus, tout imprégnés

de l'esprit de spéculation et d'anarchie qui avait causé la défaite, séduisaient et énervaient peu à peu l'intelligence des vainqueurs. Ce qui doit étonner, c'est que l'aristocratie romaine ne se soit pas laissé subjugué davantage, et que les sophistes n'aient pas pris une revanche plus complète des désastres de leur patrie. Les mœurs cédèrent ; mais les lois furent à peine modifiées. Tout en admirant les conceptions législatives des Grecs, les Romains de la décadence gardaient intacte leur vieille organisation de la *patria potestas*, et après avoir applaudi dans les discours de leurs rhéteurs aux idées de Platon et des autres philosophes qui exaltaient l'abaissement du père au profit de l'Etat, ils disaient orgueilleusement comme Gaius : « Il n'est pas de peuple où l'on ait organisé la puissance paternelle aussi énergiquement que chez nous. » Ils répétaient avec Aulu-Gelle (liv. II, p. 15) : « Chez les anciens Romains, les jeunes gens respectaient les vieillards à l'égal de leurs dieux et de leurs parents. Dans tous les lieux publics, dans toutes les circonstances, les vieillards occupaient le premier rang et jouissaient de toutes leurs prérogatives. » Ils proposaient ces vieilles mœurs comme des modèles, tout en oubliant parfois de les pratiquer. Leur esprit conservait une idée assez nette de l'importance capitale de cette école de respect qui s'appelle une famille fortement gouvernée, si leur cœur n'avait pas toujours la force de résister aux tentations de l'indépendance et de la faiblesse.

Ce fut justement cette idée qui, après les restrictions apportées à l'exercice du droit de correction, fut la cause génératrice du rescrit cité au Code, 3, *De patria potestate* : « (Filius) si pietatem patri debitam « non agnoscit, castigare jure patriæ potestatis non « prohiberis : acriore remedio usus, si in pari contumacia perseveraverit; eumque prædici provinciæ « oblaturus, dicturo sententiam, quam tu quoque dici « volueris. » On voit l'évolution : le droit du père est d'abord absolu, puis il perd quelques-uns de ses attributs; on les lui rend maintenant, mais sous le contrôle du juge. La situation exceptionnelle du père lui fait accorder le privilège de dicter la sentence. Il ordonne, le juge obéit. L'empereur s'est efforcé de lui donner tous les dehors de l'autorité souveraine. Mais le juge ne ratifiera point les sentences injustes ou trop cruelles; ce serait détruire l'œuvre de protection commencée, et le rescrit a l'intention de la perfectionner, en conciliant la pleine liberté du chef de famille et la susceptibilité publique qui s'irrite et s'indigne des abus.

### § 3. *Tradition germanique.*

Nous comprendrons la tradition gauloise sous ce titre général. Gaulois, Wisigoths, Burgondes, Francs, etc., etc., sont les peuples primitifs dont l'or-

ganisation simple s'oppose fortement à la civilisation compliquée des Romains. Si l'esprit de Rome a été le ciment de la nouvelle nationalité française qui se formait, ils en ont été les matériaux. Ils apportèrent des forces là où le grand empire du Midi apporta des idées. Il serait très important de connaître la manière dont le pouvoir du chef de clan limitait le pouvoir du chef de famille. Le limitait-il d'abord? Quelle était la constitution de la famille? Il est merveilleux de voir avec quelle facilité on répond parfois à ces délicates questions. Pour un très grand nombre de légistes et des plus distingués, il ne saurait y avoir de doute. Le *mundium* germanique était tout l'opposé de la *patria potestas* romaine. La *patria potestas* dérive de l'idée de propriété; le *mundium*, de l'idée de protection. C'est même entre ces deux conceptions de l'autorité paternelle que s'engagea la lutte lors de la rédaction du Code civil. « Une vive discussion, dit M. Pradines, avocat général à la Cour de Paris (1), s'éleva entre les représentants des deux systèmes, pour savoir si c'est la tradition romaine ou la tradition germanique que le Code devait s'approprier. » Nous verrons ce qui se passa en réalité. Pour nous, nous n'avons jamais cru à une différence entre l'essence de la puissance romaine et celle de la puissance germanique, entre la *manus* et le *mundium*. Romains et Germains, nous pouvons y ajouter Gaulois,

(1) Exposé des motifs du projet Roussel, *J. off.*, 20 fév. 1884.

ont un même point de départ. Lors de leur dispersion, ils emportent chacun dans des directions différentes une notion identique, cette notion, que nous retrouvons à chaque pas en Orient : que le fils est la propriété de son père. Ce qui nous permettrait de présu-mer *a priori* que, sur ce point, leurs idées se modifiè- rent très peu, c'est l'état économique de ces peuplades, qui absorbait leur activité dans la lutte pour la vie quotidienne, et ne leur laissait que fort peu de temps pour renverser de fond en comble leurs vieilles tradi- tions sur la constitution de la famille. Il ne faut jamais avoir songé à tout ce que cette notion de protection paternelle implique de développement intellectuel et de transformation morale pour aller la prêter à des populations comme celles de la Germanie. Elles ne la possédaient pas dans les steppes orientales, où cepen- dant, comme leurs frères Scythes, elles menaient cette vie pastorale qui émerveillait Hérodote. Et, c'est après de longs siècles, pendant lesquels cette vie calme et presque idyllique avait fait place à une vie de chasses et de combats, que la férocité s'en est allée et que la douceur de mœurs est venue. Mais les présomptions ne suffisent pas ; les documents, bien rares, il est vrai, que ces temps lointains nous ont laissés, ont besoin de s'y ajouter pour constituer la base d'une opinion solide. *Viri (Galli) in uxores, sicuti in liberos, vitæ necisque habent potestatem*, nous dit César, *De bello Gallico* (liv. VI, 19). Voilà pour le droit de correction



et d'éducation chez les Gaulois. Il est assez difficile de concilier ce texte avec ce « droit de garde et de protection », qui est un droit inventé du XVIII<sup>e</sup> siècle, et que l'on veut antidater de dix-huit cents ans. Il est vrai que c'est en Germanie qu'on prétend l'avoir découvert. La remarque de Gaius (C. I, 55) sur les Gaulois d'Asie a fait désespérer de rien rencontrer du côté de la Gaule. Cependant, les Gaulois marchaient en tête des invasions germanes. Ils avaient une sorte de civilisation bien différente de l'organisation rudimentaire de la Germanie (César, liv. VI, 21). Ils avaient à leur tête des métaphysiciens, les Druides, dont le système théologique exigeait parfois vingt ans d'études (VI, 14). Ils ont maintenu obstinément l'idée ancienne du pouvoir paternel. Et ce sont les Germains (1), ces peuplades où la vie matérielle n'a pas permis à la vie intellectuelle d'éclore, qui ont opéré cette immense révolution, qui n'existait pas chez eux dans les steppes d'Asie, qui n'existe pas encore chez leurs aînés les Gaulois. Le droit de vie et de mort, en Germanie, « ne paraît avoir été accordé au père par l'opinion, qu'au moment de la naissance, avant que l'enfant ait sucé le lait de sa mère », nous dit M. Viollet (*Précis*, 418); mais le savant auteur s'empresse d'ajouter en note que « d'après Grimm, cette restriction n'était pas absolue. »

(1) Voir le § XXVIII, *De M. G.*, où la rudesse des Germains est opposée à la mollesse des Gaulois (*inertia*).

D'ailleurs, il s'agit ici du meurtre des enfants en bas âge, qu'il faut absolument distinguer de l'exécution de l'enfant coupable. Le droit de vie et de mort, sanction de l'autorité paternelle, n'a jamais été plus respecté qu'à Rome; le droit de tuer les nouveau-nés fut considérablement réduit par une loi qu'on attribuait à Romulus. « *Necessitatem autem cuiquæ imposuit Romulus educandi omnem virilem prolem et e filiabus primogenitas, et vetuit, ne ullum fœtum triennio minorem necarent, nisi infans aliquis mutilus aut prodigiosus statim in ipso partu editus fuisset* » (Denys d'Halicarnasse, I, c. II, 15). Il s'ensuit que la restriction de ce second droit n'implique en rien la restriction du premier, et que le droit de tuer l'enfant « avant qu'il ait sucé le lait de sa mère » — pour supprimer une bouche inutile — entraîne *a fortiori*, bien loin de le contredire, le droit de le mettre à mort pour de justes motifs, après un crime ou un délit commis par lui dans l'intérieur de la famille. Ce qui achève de nous faire croire à l'existence de ce droit, c'est qu'il existait sur la personne de la femme. Ce fameux *mundium* « droit de garde et de protection » auquel la femme germaine était soumise toute sa vie (Laferrière, t. III, p. 155) entraînait le droit de la tuer. « Les traces du droit primitif subsistèrent longtemps, dit M. Viollet. Le meurtre d'une femme par son mari était au IX<sup>e</sup> siècle un fait assez simple » (*Précis*, p. 419). « Le *mundium* réfléchissait quelque idée de propriété »,

avoue M. Laferrière (*loc. cit.*). La personnalité de la femme dégage pourtant son indépendance bien plus vite que celle des enfants dans l'histoire de la famille. A Rome, après avoir été *loco filix* dans la famille de son mari, elle finit par garder sa qualité de *filia* dans la sienne propre. Dans la Germanie seule, on verrait la mère de famille, non plus l'égale juridique de ses enfants, mais leur inférieure, puisqu'elle serait seule soumise à la justice discrétionnaire du père; on assisterait à ce phénomène par trop original d'un chef de famille qui a un droit de propriété sur sa femme — membre d'une famille étrangère entré dans la sienne par voie d'achat — et qui n'a pas ce même droit sur ses enfants, ces êtres sortis de lui, son sang et sa chair. Et, par une suprême inconséquence, c'est le mot *mundium* qui exprimerait ces deux idées incohérentes. Car enfin c'est là l'extrémité à laquelle on arrive : ou bien il faut prendre le terme de *mundium* (que les textes nous présentent comme le signe d'une idée simple), dans deux sens opposés et discordants; ou bien il faut se résigner à reconnaître que sa signification est absolument une, qu'il veut dire pouvoir sur une personnalité inférieure : *potestas patria*. Aussi, en rapprochant ces considérations de ce que nous savons sur l'exposition et la vente des enfants dans les coutumes barbares (Capit. de 864; Pertz, t. I, 497), n'hésitons-nous pas à écrire des Germains comme l'auteur des Commentaires l'a fait des Gaulois : *Viri in uxores sicuti in libe-*

*ros, vitæ necisque habent potestatem*, et nous ajoutons, chez les uns comme chez les autres, de même qu'à Rome, ce pouvoir dérive de l'idée de propriété.

Il est cependant une différence capitale entre la puissance paternelle germanique et la puissance paternelle romaine. Elle n'est pas dans la nature de la puissance; elle est dans la durée. Il y a dans la suite des rapports entre un père et ses enfants, deux périodes bien distinctes : dans l'une, le père met au service de sa volonté une force physique et intellectuelle absolument supérieure à celle de ses fils : il est homme fait; ce ne sont que des enfants. Mais peu à peu leur intelligence et leur corps prennent une vigueur ascendante qui fait que les armes finissent par être égales et même que leur inégalité est retournée. C'est dans cette seconde période que se manifeste l'éloignement entre les idées romaines et germaniques. A Rome, l'éducation fait succéder à la crainte, nous dirions matérielle, cette crainte toute morale qui se nomme le respect. En Germanie, l'égalité de la force — le fils est guerrier comme le père — tend à diminuer ce dernier sentiment. « In ipso concilio, vel principum aliquis, vel patrum, vel propinquus, scuto frameaque juvenem ornant : hæc apud illos toga, hic primus juventutis honor : ante domus pars videntur mox reipublicæ. » Ce texte de Tacite (*De M. G.*, § 13), a fait croire, joint à d'autres indices, que la majorité de l'enfant german faisait cesser l'autorité du père. Que l'on admette l'opinion

absolue de Pardessus (*Loi salique*, p. 455, 456, 457), ou que l'on se rallie à l'opinion beaucoup plus prudente de M. Viollet (*Précis*, p. 416), il est certain que le fils majeur n'avait qu'à quitter la maison paternelle pour être libre. Ceux qui disaient fièrement : *Ætatem legitimam virtus facit*, ne pouvaient pas avoir pour la vieillesse cette crainte et cette obéissance, que la politique romaine s'appliquait à maintenir. C'est surtout dans un peuple de soldats que les fils « qui ont la jeunesse et les forces en la main, et par conséquent le vent et la faveur du monde, reçoivent avec moquerie ces mines fières et tyranniques d'un homme qui n'a plus de sang ny au cœur ny aux veines, vrays espoventails de chenevière (1). » Voilà à notre avis la grande divergence entre les deux conceptions : elle est due à un état économique différent, qui dans un cas fait prédominer la force physique, et la force morale dans l'autre. Le Germain comme le Romain peut dire de son fils : « cet enfant est à moi », et attacher à cette expression l'idée rigoureuse de propriété. Mais l'enfant germain, devenu fort, s'échappe : l'enfant romain n'use pas de sa liberté et reste attaché par les liens imaginaires du respect. C'est ce qui donne de loin à la *patria potestas* et au *mundium*, pourtant si ressemblants, l'air d'avoir été organisés, l'un dans l'intérêt de l'enfant, l'autre dans l'intérêt du père.

(1) Montaigne. *Essais*, liv. II, chap. VIII.

Nous nous sommes longuement étendu sur le *mundum*. Ce point est, en effet, décisif. C'est dans le *mundum* que les partisans de la nouvelle théorie de la puissance paternelle cherchent la base historique de leur système : on voit, par les arguments précédents, qu'elle est encore peu solide et qu'elle a grand besoin d'être étayée. Si l'on cherche en vain dans le droit germanique le germe de leur idée, il va de soi que le développement de cette idée, c'est-à-dire l'intervention des pouvoirs publics, s'y découvre encore plus malaisément. Le pouvoir du père a peut-être des limites ; mais ce sont les mœurs et non les lois qui les ont posées. L'influence de la femme, l'opinion des proches parents (1) et de l'assemblée des guerriers, enfin le sentiment naturellement respecté du chef de clan, voilà l'ensemble des protections dont on peut se figurer l'action très efficace dans la vie au grand jour des campements germaniques. Elles sont faites de conseils, parfois de menaces, mais elles ne constituent jamais un attentat juridique à un droit universellement reconnu.

(1) « Dans le conseil les fils siégeaient avec les pères, les parents maternels avec les parents paternels, ceux de la femme avec ceux du mari » (Gide, *Condition privée de la femme*, éd. 1885, p. 201). L'éminent auteur a parfaitement raison de dire que « chez les Germains, la famille n'est que l'association volontaire des guerriers égaux entre eux » ; seulement l'enfant qui n'est pas encore « un guerrier », est aussi assujéti qu'à Rome à l'autorité paternelle.



§ 4. *Ancien droit.*

La doctrine religieuse fondue dans la tradition romaine et la tradition germanique a formé l'ancien droit : Droit écrit, là où l'emportait la tradition romaine ; Droit coutumier, là où la tradition germanique dominait.

Avant d'examiner le contrôle de la justice sur les droits paternels de correction et d'éducation, il convient de déterminer comment on concevait ces droits dans les deux zones juridiques qui se partageaient la France.

Rien à dire de la France du Midi qui nous est déjà connue.

Il n'y a de question que pour la France du Nord.

Jusqu'au <sup>xv</sup><sup>e</sup> siècle de nombreuses traces nous montrent qu'un pouvoir *perpétuel*, très voisin de la puissance romaine, s'il ne lui était identique, pesait sur les enfants non séparés de biens, c'est-à-dire qui n'avaient pas quitté la maison paternelle. Les fréquentes émancipations de majeurs dont parlent les textes en sont la preuve. En 1272, Hugues IV, duc de Bourgogne, émancipe son fils Robert avant de lui donner entre-vifs le duché de Bourgogne. Il est vrai que cette coutume avait particulièrement subi l'influence du droit romain,

comme l'a établi la savante démonstration du président Bouhier. En pleine terre coutumière, nous voyons, le 17 février 1331, Philippe VI de Valois émanciper son fils, en lui faisant donation du duché de Normandie. Jean le Bon fait de même avant de recevoir l'hommage de son fils Philippe pour le duché de Bourgogne (1363). Voilà des exemples venus de haut. On peut citer des règles tirées des vieux auteurs qui donnent la même idée du droit commun des familles nobles ou roturières : la 236<sup>e</sup> et la 238<sup>e</sup> décision de Jean des Mares et le livre II, chapitre XL, du Grand Coutumier. — La puissance paternelle existait donc primitivement dans les pays coutumiers (Comp. président Bouhier, *Com. de la cout. de Bourgogne*, p. 52). Peu importe qu'on la désignât sous le nom de « *vouerie* et *mainbournie* » (Loysel, *Instit. Cout.*, liv. I, tit. V, § 2).

Elle approchait fort de la *patria potestas*, en ce qui concerne la correction et l'éducation. Le 34<sup>e</sup> capitulaire de Charles le Chauve nous parle de la *vente* des enfants. Est-ce un indice que cette *mainbournie*, comme autrefois le *mundium*, dérivait de l'idée de propriété? Des actes du xv<sup>e</sup> siècle contiennent des aliénations d'enfants de six ans par leur père (1), et une coutume même, la coutume de Bazas, les autorise formellement dans certains cas déterminés.

(1) Viollet, *Précis*, p. 421.

La vente de la femme existait, d'ailleurs ; *a fortiori* celle des enfants. En outre, le chef de famille pouvait tuer sa femme *cum lege et probatione*, ou comme le disait la loi des Lombards : *non ad suum libitum sed rationabiliter*. Tant que ce droit primitif subsista, il est certain que les enfants purent être frappés de la même peine. Quand, plus tard, la rudesse des temps anciens eut disparu, le droit de vie et de mort fit place à un droit de correction soustrait aux appréciations et aux poursuites judiciaires (Cauvet, *Droit civil de la Normandie au XIII<sup>e</sup> siècle*). Voilà le régime auquel étaient soumis les enfants de famille qui n'avaient pas été émancipés : puissance en quelque sorte absolue et perpétuelle.

Bodin, dans sa *République*, ne faisait donc que soutenir la cause de la tradition lorsqu'il disait : « Le père est la vraie image du Grand Dieu souverain, père universel des choses » (c. III). Il en indiquait d'un trait les excellents effets politiques : « Le ménage est un droit, gouvernement de plusieurs sujets sous l'obéissance d'un chef de famille. Tout ainsi que les membres, chacun en leur particulier faisant leur devoir, tout le corps se porte bien, aussi les familles étant bien gouvernées, la République ira bien » (c. II).

Mais dans le grand ébranlement du XVI<sup>e</sup> siècle, une partie de ces belles et nobles conceptions devait être emportée. « Une police, a dit Montaigne, c'est comme un bastiment de diverses pièces jointes ensemble

d'une telle liaison qu'il est impossible d'en esbranler une que tout le corps ne s'en sente » (liv. I, c. xxii). En la police de France, l'Eglise et le père de famille eurent à subir des attaques simultanées. Dumoulin et Loisel furent les deux partisans les plus illustres de l'idée réformiste : « En pays coutumiers, droit de puissance paternelle n'a lieu » (Du Moulin, *Cout. de Paris*, § 25, n° 13; Loisel, voir plus haut), c'est-à-dire qu'ils cherchèrent à établir, là où le mouvement des esprits ne l'avait pas spontanément produite, une émancipation légale au profit de l'enfant demeuré au foyer. A la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle l'évolution était complète; la majorité de vingt-cinq ans avait triomphé dans tous les pays coutumiers.

Dans ces limites, comme la puissance romaine dans son étendue illimitée, le pouvoir paternel était aussi indépendant que possible. Le droit égal de la mère inscrit dans un très grand nombre de coutumes était une réminiscence des Saints Livres et non un prétexte aux intrusions étrangères. Tant que le mariage durait, même en Hainaut où la *patria potestas* elle-même avait été partagée entre le père et la mère, l'autorité maritale remettait chacun à sa véritable place et assurait le ferme maintien de la hiérarchie familiale. Un texte barrait-il la route à l'intervention judiciaire? Nullement. La conscience du droit du père, le respect de la liberté d'autrui, qui en matière de droit privé fut peut-être plus vif dans l'ancienne France que de

nos jours, faisaient meilleure garde qu'un article de loi, voire même un article de Constitution. Ces parlements, délégués du roi le plus absolu qui fût au monde, n'usèrent que très tard de leurs pouvoirs si mal définis. Quand ils intervinrent, ce fut de loin en loin, discrètement, en ayant l'air de faire fléchir les lois elles-mêmes, et en présentant leur secours comme un coup de la main royale, au-dessus des règles communes et de la marche ordinaire des événements humains.

*Droit de correction.* — Le premier arrêt qui nous offre l'exemple d'une limitation aux droits du père date du 26 avril 1559. Le Parlement de Bretagne avait été saisi par une fille Lanté d'une plainte contre son père qui l'avait cruellement battue. Ordre fut donné à la fille de retourner au domicile paternel; mais le père dut promettre de la bien traiter à peine de 500 livres d'amende et de prison. En 1669, le Parlement de Provence admet l'aïeul maternel à faire la preuve des sévices exercés par un père envers sa fille. Il l'avait en l'espèce chassée de sa maison en lui refusant des aliments et la forçait à coucher dans une écurie. Le Parlement de Toulouse, au mois de janvier 1675, autorise les enfants du nommé Rège, procureur des gabelles, à se séparer de lui et à se retirer chez leur oncle paternel. Le père fut condamné à leur fournir une pension alimentaire — c'était un veuf remarié. L'affaire Caillot présente à peu près les mêmes péripéties. Il s'agit encore d'une enfant maltraitée par son père et sa belle-mère. Elle demande au

Parlement de Provence une pension de 600 livres qui lui permette de vivre hors de la maison paternelle. Le Parlement admit la preuve des mauvais traitements, et lui ordonna de se retirer dans un couvent pendant le procès. On voit qu'il s'était formé peu à peu une sorte de séparation d'habitation, analogue à la séparation entre époux, laissant subsister tous les droits et parant aux dangers des circonstances. La déchéance, ce divorce entre les enfants et le père, était ignorée de notre vieille jurisprudence. Il est curieux de voir les précautions que les Cours souveraines apportaient dans l'exercice de leur autorité. « Il n'est pas à craindre que les enfants protégés contre leur père deviennent indépendants, s'empressait de faire remarquer l'avocat-général de Calissane au début même de ses conclusions. Le plus souvent ils ne connaissent pas seulement leurs protecteurs ni les lois qu'ils doivent invoquer. » L'objection avait été très bien sentie par l'avocat du roi ; mais la réfutation qu'il en propose ne serait plus de mise aujourd'hui.

Les prisons publiques se refermaient très facilement sur les enfants de famille que leurs pères voulaient « corriger des désordres d'une jeunesse déréglée » (*Journal des audiences*, t. IV, p. 660). En 1673, le procureur général près le Parlement de Paris, s'étant avisé de les visiter, y découvrit les plus graves abus. Les pères remariés, les mères qui avaient passé dans un second mariage, d'autres parents même avaient



obtenu la détention « d'hommes âgés de plus de trente ans et même de prêtres. » Un arrêt de règlement du 9 mars 1673, suivi de plusieurs autres qui réclament son exécution (14 mars 1678; 27 octobre 1696; 26 octobre 1697) décide que l'extrême limite de ces emprisonnements serait l'âge de vingt-cinq ans. Les pères seuls pouvaient exercer ce droit sans contrôle, sauf s'ils avaient convolé en secondes noces. Dans ce cas il fallait la permission du lieutenant civil qui prenait l'avis des parents les plus proches; il en était de même quand il s'agissait de la mère, du tuteur ou autres (1). On peut y voir l'origine de nos art. 376 et suivants. Rien n'est dit dans ces arrêts sur la durée de l'emprisonnement. Mais un autre arrêt du 25 mai 1680, nous prouve que l'autorité judiciaire prenait sur elle de le faire cesser, quand l'équité le demandait.

Un règlement du Conseil du 20 avril 1684 (Isambert, t. XIX, p. 441) et une ordonnance du 15 juillet 1763 (*Coll. lois et ord.*, 2<sup>e</sup> sér., t. VII, p. 247) et enfin la coutume de l'exhérédation complètent l'ensemble des moyens de correction que les pères de famille ont eu à leur disposition jusqu'à la veille de la Révolution française. « Les enfants, disait le règlement du Conseil, soit garçons au-dessous de vingt-cinq ans, soit filles des artisans et des pauvres habitants de

(1) Sur le droit de détention du père, voir arrêt Parlement de Provence, 15 octobre 1644, Boniface, t. V, l. 5, t. 3, ch. 1.

a ville et faubourgs de Paris qui y exercent un métier, ou qui y ont quelque emploi, lesquels maltraiteront leurs pères ou mères; ceux qui ne voudraient pas travailler par libertinage ou par paresse, et les filles qui auront été débauchées et celles qui seront en péril évident de l'être pourront être enfermés, « les garçons à Bicêtre et les filles à la Salpêtrière », sur la demande des pères et mères, tuteurs, curateurs, oncles ou autres plus proches parents en cas que leurs pères et leurs mères fussent morts, même des curés des paroisses où ils demeurent. » Cette demande doit être adressée au bureau de l'Hôpital Général qui prend les renseignements et exerce un contrôle purement administratif. Il en était de même du contrôle du secrétaire d'État ayant le département de la guerre et de la marine, qui d'après l'ordonnance du 15 juillet 1763 pouvait consentir à l'exportation des enfants indisciplinés dans l'île de la Désirade.

C'était un contrôle judiciaire au contraire qui portait sur l'exhérédation. A l'époque de Beaumanoir, elle semble ne pas avoir été connue dans les provinces du Nord (c. xn, 17, 18, 19. Beugnot, t. I, pp. 187, 188). Une analyse attentive des textes amènerait peut-être à cette conclusion que l'émancipation y suppléait. Le même Beaumanoir ne conseille-t-il pas aux parents d'émanciper leurs enfants pour se soustraire à la responsabilité civile (c. xxi, 20, t. I, p. 312)? C'est une des applications de l'*abdicatio*.

Quoi qu'il en soit, l'exhérédation, à la fin de l'ancien régime, s'était étendue à la France entière, avec plus de sévérité même qu'en droit romain, puisque l'ordonnance de 1556, confirmée en 1579, et aggravée en 1639, avait permis d'exhérer les enfants de famille mariés contre le gré de leurs parents.

*Droit d'éducation.* — I. Le père et la mère vivent et demeurent ensemble. — « Il ne saurait y avoir de difficulté, nous dit Merlin. C'est à eux que l'éducation appartient par le droit de la nature, et il est sans exemple qu'on ait entrepris de les en priver (1). »

II. Le père et la mère sont séparés de corps. Rigoureusement, le mariage n'étant point rompu, le droit du père devrait rester intact. La jurisprudence adoucit les principes; l'arrêt du Parlement de Paris, qui prononça la séparation de la Deschamps, lui confie la garde de sa fille (9 juillet 1760); même décision dans l'affaire du marquis et de la marquise de Gironde (4 avril 1767).

III. L'un des deux époux est prédécédé. — Une distinction était faite entre le père et la mère.

Le père ne pouvait être privé de l'éducation de son enfant qu'à la dernière extrémité. « Il n'y a, dit Catellan (cité par Merlin) que de mauvais traitements qui aient fait ôter l'éducation au père marié. » Nous en connaissons déjà des exemples. Un arrêt du 15 dé-

(1) V. Pothier, *Contrat de mariage*, t. II, n° 384.

cembre 1678 (Parlement de Toulouse) sort de la règle générale. Il sanctionne une transaction par laquelle un père s'était démis de son droit d'éducation au profit de l'aïeul et de l'aïeule maternels. Après de longues hésitations, le Parlement ordonna que la jeune fille serait remise à son père, mais que celui-ci la placerait de suite en un couvent de religieuses ou chez un de ses parents. C'est, d'ailleurs, au dire des arrêstistes, une décision exceptionnelle. Un autre arrêt du même Parlement permet d'apprécier les ménagements que notre ancienne magistrature croyait devoir garder envers la puissance paternelle. Il fut jugé le 13 juin 1644 qu'un père « marié quatre fois, qui n'avait rien voulu donner à son fils du premier lit pour le sustenter dans une maladie, qui n'avait pas daigné l'aller voir », fut préféré à l'aïeule maternelle pour l'éducation de ce fils.

Le pouvoir de la mère n'était pas l'objet des mêmes égards. La déclaration du 1<sup>er</sup> février 1743, relative à la tutelle des mineurs qui ont des biens situés en France et d'autres dans les colonies, trace des règles qui font bien ressortir la méfiance des hommes de l'ancien régime pour le droit de la mère. Si le père survit (art. 8) il ne pourra être dépossédé de l'éducation que pour les plus graves considérations. Si c'est la mère, au contraire, elle en sera chargée dans le cas où elle aura la tutelle. Sinon, les parents *pourront* lui confier la garde de l'enfant. L'esprit de la jurisprudence est le même qui avait dicté la déclaration. Le testament du

père était en cette matière souverainement obéi, comme le montrent un arrêt du Parlement de Paris du 30 juillet 1665, et un autre du Parlement de Provence du 8 juillet 1673. Supposons que le père n'ait point disposé de l'éducation de ses enfants au préjudice de la mère; en général on reconnaissait à celle-ci le droit d'y prétendre (arrêt du Parlement de Toulouse du 11 mars 1655). Elle pouvait même l'obtenir sans être tutrice, comme la comtesse de Prie l'obtint contre le marquis d'Azy (sentence du bailliage de Nevers du 21 juin 1751; et arrêt du 7 février 1753), ou la dame d'Imberville contre l'oncle paternel de ses enfants (arrêt du 14 septembre 1729). Mais l'inconduite et le désordre peuvent le lui faire perdre. On se demandait même si l'on n'avait pas le droit de lui interdire tout rapport avec eux (arrêt du 5 mars 1648; Parlement de Paris). A l'inconduite, les cours souveraines ajoutaient le convol en secondes noces. La jurisprudence était, d'ailleurs, sur ce point, mal affermie. Si le Parlement de Toulouse préfère le frère consanguin à la mère remariée (8 janvier 1621) ou encore l'aïeule maternelle (13 juin 1644); si le Parlement de Provence s'engage dans la même voie (23 mars et 22 mai 1656), les Parlements du Nord ne font pas du convol une condition suffisante de déchéance et exigent l'indignité par surcroît. C'est ce qui ressort de nombreux arrêts, entre autres d'un arrêt du Parlement de Grenoble (1559), d'un arrêt du Parlement de Bretagne (9 octobre 1563),

de trois du Parlement de Paris (17 septembre 1563 ; 5 octobre 1579 et 15 novembre 1582). Ajoutez-y un arrêt de la Chambre de l'édit de Castres (4 janv. 1647), du Parlement de Bordeaux (22 juillet 1701), de Dijon (26 mars 1675), de Rennes (9 octobre 1563), et d'autres encore dont Merlin a dressé le relevé. On voit qu'en deçà comme au delà de la Loire on s'accordait assez pour imposer au droit d'éducation de la mère de fréquentes dérogations, et que l'amour maternel qui depuis a inspiré tant d'enthousiasmes attendris ne trouvait pas grâce devant l'examen soupçonneux des anciens parlementaires. L'amour paternel avait le privilège de l'indépendance. Nous allons le voir tomber et disparaître, puisque nous arrivons en 1789 et que la Liberté va se lever.

### § 5. *Droit de la période révolutionnaire.*

Ici c'est en quelque sorte une expérience en contre-épreuve. Tous les principes traditionnels sont mis à bas. Nous nous bornerons à citer les textes qui auront leur commentaire dans l'étude des théories.

La loi des 16-24 août 1790, sur l'organisation judiciaire, titre X, art. 15, 16, 17, règle l'exercice nouveau du droit de correction.

« Si un père ou une mère, un aïeul ou un tuteur, a



des sujets de mécontentement très graves sur la conduite d'un enfant ou d'un pupille, dont il ne puisse plus réprimer les écarts, il pourra porter sa plainte au tribunal domestique de la famille assemblée, au nombre de huit parents les plus proches ou de six au moins, s'il n'est pas possible d'en réunir un plus grand nombre ; et, à défaut de parents, il y sera suppléé par des amis ou des voisins.

« Le tribunal de famille, après avoir vérifié les sujets de plainte, pourra arrêter que l'enfant, s'il est âgé de moins de vingt ans accomplis, sera renfermé pendant un temps qui ne pourra excéder celui d'une année, dans les cas les plus graves.

« L'arrêté de la famille ne pourra être exécuté qu'après avoir été présenté au président du tribunal de district, qui en ordonnera ou refusera l'exécution ou en tempèrera les dispositions, après avoir entendu le commissaire du roi, chargé de vérifier, sans forme judiciaire, les motifs qui auront déterminé la famille. »

« Que devient l'autorité du père de famille ? fait remarquer mélancoliquement M. Faustin Hélie. C'est grandement affaiblir un pouvoir qui sert de fondement à tous les autres. Par malheur, la Constituante n'aperçut pas les périls sociaux que la liberté et l'égalité pouvaient faire naître et qui sont nés depuis. »

L'Assemblée législative ne les aperçut pas davantage. La puissance paternelle fut abolie le 28 août 1792, dix-huit jours après la royauté. Le *Moniteur*

nous a conservé un court récit de la discussion qui précéda le décret. « Le rapporteur du comité de législation fait un rapport et lit un projet de décret sur les successions, dont l'Assemblée ordonne l'impression et l'ajournement. Un membre propose des articles additionnels. Un autre demande que cette question soit ajournée, et que l'on active le décret sur l'état civil des citoyens. Mais, un troisième, ayant proposé de décréter l'abolition de la puissance paternelle, l'Assemblée nationale décrète : « que les majeurs ne seront plus soumis à la puissance paternelle ; elle ne s'étendra que sur la personne des mineurs (D. 28 août 1792). »

Elle devait, un mois après (20 septembre 1792), résoudre, avec la même maturité de jugement, la délicate question du divorce. Aubert-Dubayet réclama l'abolition du mariage indissoluble au nom de la liberté et du bonheur. L'Assemblée se contenta de cette raison. Elle trancha dans le § 4 toutes les difficultés relatives à la garde des enfants. Dans le cas de divorce par consentement mutuel, ou sur la demande d'un des époux, pour cause d'incompatibilité d'humeur, les filles seront confiées à la mère ; ses garçons lui seront aussi remis jusqu'à l'âge de sept ans. Après cette époque, ils appartiendront au père (art. 1<sup>er</sup>). Dans tous les cas de divorce pour cause déterminée, l'assemblée de famille règle auquel des époux les enfants seront confiés (art. 2). Si les époux divorcés contractent un nouveau mariage (art. 3), c'est encore l'assem-

blée de famille qui décidera si les enfants leur seront enlevés et à qui ils seront remis.

Mais le pouvoir paternel échappait à tous ces coups par la liberté testamentaire. Là était le secret de sa force. Mirabeau l'avait bien compris. La Convention se chargea d'exécuter sa pensée. Au milieu du tumulte de la séance du jeudi 7 mars 1793, un inconnu, dont le nom a échappé au rédacteur du *Moniteur* (numéro du 10 mars), monta à la tribune et prononça les paroles suivantes : « Parmi les moyens que l'aristocratie emploie, pour détacher les hommes de la Révolution, l'un des plus puissants, celui qui réussit le mieux, c'est l'exhérédation.... Il faut atteindre l'aristocratie jusque dans ses tombeaux, en déclarant nuls tous les testaments faits en haine de la Révolution. » Le principe fut voté sur-le-champ. « La Convention nationale décrète que la faculté de disposer de ses biens, soit à cause de mort, soit entre-vifs, soit par donation contractuelle, en ligne directe est abolie. » Ce décret aboutit à la loi du 17 nivôse an II, abrogée en partie par la loi du 4 germinal an VIII.

Nous n'avons parlé à dessein que de ce qui fut fait et non de ce qui fut projeté. Les plans d'éducation à la Spartiate, que l'on méditait, n'eurent pas le temps d'être appliqués. Ce fut tout au plus si M. de Robespierre put les annoncer dans la séance du 26 août 1793 : « L'enfant mineur est placé par la nature et par la loi sous la surveillance et la protection de son père

et de sa mère; le soin de son éducation leur appartient; ils ne peuvent en être privés que dans *les cas* et pour les *causes* que la *loi* détermine. »

## SECTION II

### LA SCIENCE SOCIALE

Les deux principes que nous avons posés au début de ce chapitre : indépendance du père, abstention de l'Etat, ont donc été pratiqués à toutes les époques de notre histoire, jusqu'à la Révolution. Quand un peuple a joui aussi longtemps d'une liberté, il semble qu'elle puisse être, par ce seul fait, érigée en axiome incontestable. Ses abus ne sont pas à craindre, puisqu'elle n'a pas entravé le développement national. Ses bienfaits sont évidents, puisque c'est grâce à elle et par elle que se sont formés les hautes intelligences et les grands caractères qui font la gloire de la patrie.

Malheureusement, aujourd'hui encore, beaucoup d'esprits éminents ne sentent pas la force immense qui résulte pour une idée de cette consécration répétée de la tradition. Pour eux, la tradition, c'est la routine. Le mot progrès, un de ces mots mal définis « qui corrompent à la fois l'esprit public et la langue de Des-

cartes (1) », leur sert au contraire à désigner toute conception brillante qui saisit et entraîne leur imagination. L'essai patient des générations, la recherche obstinée des siècles leur paraissent de peu de prix auprès de ce rêve qui passe, et, comme tous les rêves du monde, ne tarde pas à s'évanouir.

A ces esprits, il faut une autre démonstration.

Nous la tirerons des conclusions auxquelles conduit à l'heure actuelle la science sociale, telle qu'elle a été constituée par Fr. Le Play.

Ici l'on est en présence non plus de la tradition, mais de la méthode d'observation toute pure ; non plus du respect des anciens usages, mais d'une conquête de l'esprit scientifique et partant de l'esprit nouveau.

L'observation appliquée à la recherche du bonheur, a dit l'illustre penseur que nous venons de nommer, est aussi vieille que la première société d'hommes (2). Il en était de même de l'observation en matière de sciences physiques et naturelles. Cependant elle n'a donné de résultats qu'à l'apparition des grands savants du XVIII<sup>e</sup> et du XIX<sup>e</sup> siècles. C'est que l'observation seule ne suffit pas. Il faut l'observation rationnelle et méthodique à l'aide d'un procédé approprié.

Cette observation rationnelle et méthodique n'existait pas en science sociale avant Le Play. Ce procédé approprié n'avait pas été découvert.

(1) Le Play, *Réforme sociale*, éd. 1872, t. III, p. 304.

(2) *Méthode sociale*, ch. 1, § 1.

C'est lui qui a commencé la première grande *enquête sociale* par le *procédé monographique*, dont les résultats sont consignés dans les *Ouvriers Européens* et les *Ouvriers des Deux-Mondes*.

Nous ne parlerons pas du procédé monographique aujourd'hui bien connu.

Nous insisterons seulement sur l'idée directrice de l'enquête.

Le but de la science sociale c'est l'étude des lois du bonheur. Il faut donc étudier scientifiquement les sociétés prospères, et analyser en détail leur constitution sociale. Pour toutes les entreprises humaines, les meilleurs conseils partent de ceux qui ont réussi. Une contre-épreuve est nécessaire. Les sociétés souffrantes doivent être soumises au même examen. Il y a grand profit à connaître les fautes et les insuccès des autres.

Cette enquête ou plutôt cette double enquête, poursuivie dans toute l'Europe et au Nouveau-Monde par des hommes de toutes les religions, de tous les pays et de tous les partis, a conduit à cette découverte de certains éléments qui se retrouvent dans toutes les sociétés prospères et qui font défaut dans toutes les sociétés souffrantes.

Ces éléments constituent : la *Constitution Essentielle*.

Or parmi les sept éléments de la Constitution Essentielle que les peuples n'ont jamais essayé de renverser en vain, nous trouvons au premier plan « les deux fon-



dements permanents et inséparables : le Décalogue et l'*autorité paternelle* (1). »

Voilà la conclusion de cette enquête. Ce genre de conclusion ne se démontre pas par des arguments, mais par des faits. Les faits se trouvent ailleurs. On ne nous reprochera pas de chercher un point d'appui hors de cette thèse contre des opinions qui n'ont de point d'appui nulle part.

La tradition et la science se confondent donc sur le point qui nous occupe. La véritable cellule de l'organisme social n'est pas l'individu mais la famille (2). Il faut qu'elle vive d'une vie à elle, souverainement dirigée par le chef qui se trouve à sa tête. L'autorité de ce chef est fondée « sur la dignité créatrice, la protection accordée aux autres membres de la famille, et sur l'amour paternel, la plus durable et la moins égoïste des affections humaines (3). » Les moyens employés pour la soutenir peuvent varier mais on ne doit pas douter d'elle, même aux époques de décadence où l'oubli des devoirs tend à se répandre. Changer la loi parce que les mœurs se corrompent est un faux calcul. « Quand nos mœurs ne seraient pas conformes à la règle, lisons-nous dans les lettres d'Arnault (4), gardons-nous de courber la règle, car la règle demeurant droite, on y

(1) *Méthode sociale*, ch. v, § 2.

(2) *Réforme sociale*, t. I, p. 349.

(3) *Réforme sociale*, I, 414.

(4) Lettres de M. Arnault, t. V, p. 506.

peut revenir et s'en servir pour redresser les mœurs, au lieu que tout est perdu quand il n'y a plus de règle.» C'est une étrange façon de guérir des maux après tout passagers et des défaillances partielles, que d'étendre l'affaiblissement à tout le corps social et de porter atteinte aux organes essentiels, au principe même de vie.

## CHAPITRE II

### LES THÉORIES

Il y a deux sortes d'esprits théoriques : ceux qui conçoivent leurs systèmes de toutes pièces, et les imposent, tels qu'ils sont sortis de leur cerveau, par la force impérieuse de leur éloquence, ce sont les esprits déductifs ; les autres, au contraire, que nous appellerons inductifs, ont pris pour point de départ des observations incomplètes ou hâtives, et présentent comme scientifique, bien qu'elle soit d'imagination, l'hypothèse qui en est résultée.

*Théories déductives.* -- Descartes avait tenté de reconstruire la science humaine sur un seul axiome ; Rousseau a voulu être son continuateur en politique, et c'est aussi sur un axiome que toute son œuvre est édifiée. « Le principe fondamental de toute morale, écrivait-il à M<sup>gr</sup> de Beaumont, sur lequel j'ai raisonné dans tous mes écrits, et que j'ai développé dans ce dernier (*l'Emile*) avec toute la clarté dont j'étais capable, est que l'homme est un être naturellement bon, aimant

la justice et l'ordre; qu'il n'y a point de perversité originelle dans le cœur humain, et que les premiers mouvements de la nature sont toujours droits. » Il avait effectivement écrit dans l'*Emile*, et nous trouvons la phrase dans les articles condamnés par l'archevêque de Paris : « Posons pour maxime incontestable que les premiers mouvements de la nature sont toujours droits : *il n'y a point de perversité originelle dans le cœur humain.* »

Quel est donc le but de l'éducation ? Il nous est indiqué toujours dans l'*Emile* (p. 9, éd. 1823, Dupont) : « Nous naissons faibles, nous avons besoin de force ; nous naissons dépourvus de tout, nous avons besoin d'assistance : nous naissons stupides, nous avons besoin de jugement. » L'éducation remédie à ce triple inconvénient. « Elle nous vient de la nature, ou des hommes, ou des choses (p. 10). Il s'agit surtout de laisser agir la nature. »

Du moment que toute l'éducation consiste à écarter les obstacles qui pourraient empêcher le libre développement des tendances naturelles, il ne saurait être question de corriger les mauvaises inclinations de l'enfant. L'auteur se récrie à cette seule pensée : « Comment me prouverez-vous que ces mauvais penchants dont vous prétendez le guérir ne lui viennent pas de vos soins mal entendus, bien plus que de la nature ? » (liv. II, p. 97).

Donc le droit de correction est supprimé, et le droit

d'éducation n'est plus qu'un devoir de protection. Ce devoir, essentiellement temporaire, incombe à la famille. « La plus ancienne des sociétés, et la seule naturelle, est celle de la famille; encore les enfants ne restent-ils liés au père *qu'aussi longtemps qu'ils ont besoin de lui pour se conserver*. Sitôt que ce besoin cesse, le lien naturel se dissout. Les enfants, exempts de l'obéissance qu'ils devaient au père; le père, exempt des soins qu'il devait aux enfants, rentrent tous également dans l'indépendance (*Contrat social*, c. II).

Voilà le rôle de la famille bien réduit, mais non détruit. Il reste un chef dans la famille qui, dans l'exercice du droit limité qu'on lui concède, pourra ressaisir une partie de son autorité. C'est un grand danger qu'il faut prévenir; et pour cela, il suffit de mettre en face du pouvoir du père le pouvoir de la mère. Sur ce point, les arguments de Jean-Jacques ne tarissent pas : « L'ambition, l'avarice, la tyrannie, la fausse prévoyance des pères, leur négligence, leur dure insensibilité sont cent fois plus funestes aux enfants que l'aveugle tendresse des mères... » (*Emile*, liv. I, note a). Il faut que leur autorité soit égale, que les lois la proclament, et que la force sociale y veille. Voilà le couronnement de toutes les déductions : l'Etat et la loi. « Les lois, toujours si occupées des biens et si peu des personnes, parce qu'elles ont pour objet la *paix* et non la *vertu*, ne donnent pas assez d'autorité aux mères (même passage). » Toute la théorie nouvelle est là : la contrainte

légale doit passer dans le domaine de la morale. La censure, cette vieille magistrature oubliée, doit renaître moins discrète encore qu'elle n'était autrefois. C'est la suprême inconséquence de ce système qui débute par ce principe : « Plus d'autorité sur les enfants, » et qui conclut par celui-ci : « Dépendance et assujettissement des pères. »

Il y a malheureusement dans l'*Emile* (liv. I, p. 42) un passage très curieux et très rarement cité qui renverse tout le système. Ce n'est pas un simple trait ; c'est tout un développement, poussé avec la rigueur habituelle à Rousseau, sur la condition première d'une bonne éducation. « Emile est orphelin ; il n'importe qu'il ait son père ou sa mère. Chargé de leurs devoirs, je succède à tous leurs droits. Il doit honorer ses parents, mais il ne doit obéir qu'à moi. C'est ma première ou plutôt ma seule condition.... J'y dois ajouter celle-ci, qui n'en est qu'une suite, qu'on ne nous ôtera jamais l'un à l'autre que de notre consentement. Cette clause est essentielle, et je voudrais même que l'élève et le gouverneur se regardassent tellement comme inséparables, que le sort de leurs jours fût toujours entre eux un objet commun. Sitôt qu'ils envisagent dans l'éloignement leur séparation, sitôt qu'ils prévoient le moment qui doit les rendre étrangers l'un à l'autre, ils le sont déjà : chacun d'eux fait son petit système à part ; et tous deux occupés du temps où ils ne seront plus ensemble, n'y restent qu'à contre-cœur. »



Substituez au gouverneur le père de famille ; ce qui est d'autant plus légitime que Rousseau répète sans cesse que le père est le gouverneur naturel du fils, et vous avez déduit avec une logique qui fait bien du tort à la logique de la page d'à côté, les traits antiques de la puissance du père : « Indépendance, unité..., et aussi, qui le croirait?... perpétuité. »

Les hommes de la Révolution se sont imprégnés de Rousseau. Ils ont cherché à reconstruire d'après Rousseau, s'ils ont détruit avec Voltaire. Cependant il ne faut rien exagérer : l'originalité parfaite est difficile à atteindre même dans les fantaisies politiques. On trouverait facilement des signes précurseurs de ces doctrines dans Locke (1) et dans Montaigne (2). Le rapport de la commission du Sénat sur la protection de l'enfance nous apprend qu'on en découvre dans Pufendorf et dans Burlamaqui. Nous préférons étudier les idées de Rousseau dans la forme nouvelle qu'elles ont revê-

(1) *Gouvernement civil*. Du pouvoir paternel : « Un enfant est libre sous la protection et par l'intelligence de son père, qui doit le conduire jusqu'à ce qu'il puisse régler ses propres actions. » — « Nous naissons libres aussi bien que raisonnables, quoique nous n'exercions pas d'abord actuellement notre raison et notre liberté. L'âge qui amène l'une, amène aussi l'autre, et par là nous voyons comment la liberté naturelle et la sujétion aux parents peuvent subsister ensemble. »

(2) Montaigne, liv. II, ch. VIII, passage sur l'inutilité de la correction.

tue au xix<sup>e</sup> siècle, chez Stuart-Mill (1), chez MM. Accollas (2) et Jules Guesde (3).

Stuart-Mill est le logicien le plus habile de la théorie individualiste. Tout en conservant l'essence des idées de Rousseau, il a su en moderniser la forme. Rousseau voulait faire revenir à la liberté de l'homme primitif l'individu déformé par la civilisation : « Le but du progrès, dit Stuart-Mill, n'est pas seulement de mettre des êtres humains dans une situation où ils puissent se passer les uns des autres, mais de leur permettre de travailler seuls ou ensemble, *avec des rapports qui ne soient pas des rapports de dépendance* » (liv. IV, c. vii, § 4). D'ailleurs les prémisses sont les mêmes et les conclusions sont identiques : la famille doit être conservée, puisqu'elle existe ; cependant « on pourrait imaginer quelque chose de mieux comme but de perfectionnement industriel, que la dispersion de l'humanité sur la terre, famille par famille, gouvernée chacune dans son intérieur comme aujourd'hui par un patriarche despote, sans intérêts communs, sans communion intellectuelle avec le reste des êtres humains » (*ibidem*). Mais le mari n'a droit à aucun pouvoir sur la femme. « Entre tous les usages barbares, que la loi et

(1) Stuart-Mill, *Principes d'économie politique*, trad. Dussard et Courcelle-Seneuil.

(2) Accollas, *Philosophie de la science politique*.

(3) Jules Guesde, *Essai de catéchisme socialiste*, Bruxelles, 1878.

la morale n'ont pas encore cessé de sanctionner, il n'en est point de plus dégoûtant que celui qui permet à un être humain de penser qu'il a des droits sur la personne d'un autre » (liv. II, c. XIII, § 2). Si la personnalité du mari est rigoureusement égale à celle de la femme, on ne voit pas pourquoi ils auraient ensemble une supériorité quelconque sur la personnalité de leurs enfants. Elle ne pourrait être fondée que sur la force, et dans ce cas le pouvoir social, qui a pour mission d'empêcher les individualités de se détruire l'une l'autre, doit prendre en main la protection de l'enfant. La déduction était dure aux oreilles d'un peuple qui avait passé par l'Ecole de Manchester. Mais Stuart-Mill va leur montrer que leur cher principe de la non-intervention est respecté. Sur quoi se fonde-t-il, en effet ? « Sur ce que la plupart des personnes voient avec plus de justesse et d'intelligence leur intérêt et ce qui peut le mieux le servir qu'on ne saurait le leur faire concevoir par un acte de la législature ou par l'indication que donnerait un fonctionnaire public » (liv. V, c. XI, § 9). Si l'individu est encore enfant, c'est-à-dire incapable de juger, le principe disparaît de lui-même. Il n'y a donc pas intervention dans les affaires des enfants. Il ne saurait pas davantage y avoir intervention dans les affaires des pères : « Car ici, il ne s'agit plus que de savoir si le gouvernement doit laisser aux individus une autorité absolue sur les intérêts et les actions d'autrui. On peut abuser de la puissance paternelle

comme de toute autre puissance et en fait on en abuse tous les jours. Si la loi ne peut empêcher les père et mère de maltraiter brutalement et même de tuer leurs enfants, à plus forte raison doit-on penser que bien souvent les intérêts des enfants sont sacrifiés d'une manière plus vulgaire et moins révoltante à l'égoïsme ou à la maladresse de leurs père et mère. Lorsqu'il est bien constant que des père et mère doivent faire ou supporter quelque chose dans l'intérêt de leurs enfants, la loi est autorisée à les contraindre, si elle le peut, de le faire et de le supporter, et en général elle le doit. L'éducation, et la meilleure que leur position permette de leur donner, est une chose qu'il ne devrait pas être au pouvoir de l'indifférence de leurs père et mère, ou autres parents, de leur refuser » (*ibidem*). Voilà où peut conduire l'axiome que l'individu est l'élément primordial des sociétés. Cependant la doctrine de Stuart-Mill est peut-être, au point de vue pratique, moins dangereuse en Angleterre qu'elle ne le serait en France. Le père de famille doit conserver, d'après Stuart-Mill, la libre disposition de son patrimoine ; c'est une conséquence du principe de la propriété privée. Il est aisé de comprendre que cette concession imposée par le bon sens naturel de la race anglaise sera fatale aux réformes de l'éminent fonctionnaire de la Compagnie des Indes. Le père ressaisira indirectement le pouvoir dont il aura été dépouillé. Quand on veut détruire la

puissance paternelle il faut infailliblement arriver à la loi de nivôse an II.

Qu'est-ce que la *Philosophie de la Science Politique* et l'*Essai de Catéchisme socialiste* nous disent de plus que les *Principes d'Economie Politique*? Nous croyons même que Stuart-Mill a dépassé en l'espèce MM. Jules Guesde et Acolas. « La formule de la science politique, dit ce dernier, est l'autonomie de la personne humaine » (c. iv, p. 95). Ce qu'il formule dans cette devise imagée : « Chacun son pape ; chacun son empereur. » — « Les parents n'ont aucune puissance sur les enfants, continue-t-il (v. p. 46) ; ce qu'ils ont à leur égard, c'est un devoir et partant un droit de direction. D'abord, que l'enfant ne soit pas matière à puissance, à droit pour ses parents, c'est tout simple, puisque l'enfant est une personne et que l'on n'a légitimement de puissance ou de droit que sur les choses. » Et M. Jules Guesde est à peine plus brutal : « Si la famille survit à la disparition de l'ancienne société, ce sera dans des conditions d'égalité pour la femme et de garanties sociales pour l'enfant. Mais il se peut que même ainsi réformée, elle ne soit nécessaire que pour un temps, et qu'un jour vienne où elle n'aura plus aucune raison d'être (ch. viii). » Aucun d'eux n'a eu, comme Stuart-Mill, l'impudeur d'appeler de tous ses vœux une époque « où l'obligation morale (?) de ne pas avoir trop d'enfants serait transformée en obligation légale » (liv. II, c. xiii, § 2). Aucun d'eux n'a osé ainsi mettre,

comme le dit Ihering, « les affections domestiques sous le contrôle de la police ».

*Théories inductives.* — Quand nous disons théories inductives, nous pensons surtout à la célèbre théorie évolutionniste de M. Herbert Spencer. Elle est inductive. En effet, la méthode qui y a conduit est révélée au début du chapitre xii des *Principes de Sociologie* (1), intitulé : *Passé et avenir dans la famille*. « Nous allons voir que les principales conclusions auxquelles nous avons été *amenés par les faits* sont celles que la théorie de l'évolution implique ». Or, ces conclusions, quelles sont-elles? Le lecteur français, habitué à trouver les idées darwiniennes au premier plan des discours socialistes, collectivistes et autres, est tout étonné de voir une main habile en faire sortir des conséquences toutes sages et modérées, à l'allure pacifique et conservatrice. Sans doute, à mesure que le grand courant d'altruisme entraîne l'humanité vers l'âge d'or du progrès, la condition de la femme et des enfants s'améliore. Mais le groupe familial s'harmonisera sans se détruire. La suprématie restera au mari « comme ayant l'esprit plus judicieux » (p. 414). Quant aux enfants, « on peut prévoir un accroissement moyen dans leur liberté, mais il y a des raisons de croire que çà et là elle va déjà trop loin » (§ 341). « L'Etat d'ailleurs a trop empiété sur la puissance et les fonctions des parents; une réintégra-

(1) Trad. Cazelles et Gerschel, libr. Germer-Baillière, 1879.



tion de la famille suivra probablement la désintégration d'à présent. Il est possible que de la forme primitive dans laquelle l'organisation sociale et l'organisation familiale ont un caractère de contrainte, nous passions à travers des phases demi-militantes, demi-industrielles, où l'organisation de l'Etat et celle de la famille auront en partie un caractère de contrainte, en partie un caractère de liberté, et qu'avec une réintégration complète sur la base de la coopération volontaire s'opère une réintégration domestique analogue, sous l'influence de laquelle la vie de famille se trouvera aussi distincte de celle de l'Etat qu'elle l'était primitivement » (t. II, p. 418). Evidemment, à cette bienheureuse époque, on n'aura plus à s'inquiéter des parents qui négligent leurs devoirs. L'altruisme, en effet, empêchera la question de se poser. Mais que devons-nous faire sur le long parcours qui nous en sépare encore? Nous abstenir et laisser les forces naturelles se corriger elles-mêmes; c'est l'avis vers lequel penche l'illustre philosophe. Toute cette métaphysique, il faut l'avouer, ne va pas saisir, au milieu de la foule, les âmes d'apôtres comme ces raisonnements enflammés qui sortaient du spiritualisme de Rousseau. Elle contrebalancera difficilement l'ardente logique des esprits déductifs. Ne leur fait-elle pas, d'ailleurs, la partie trop belle, en avouant, comme à la page 432 de l'*Introduction à la science sociale*, « que des changements incommensurables sont dans le cours lent des choses », et que « l'avenir lointain tient en ré-

serve des formes de vie sociale supérieures à tout ce que nous avons jamais imaginé ». Avec de semblables peut-être, il n'est pas de théorie si fantastique qui n'ait le droit de se prétendre la forme sociale de demain. .

---

## CHAPITRE III

### RÉGIME LÉGAL DES DROITS PATERNELS DE CORRECTION ET D'ÉDUCATION

(Codes impériaux. Lois nouvelles.)

Il n'y a puissance paternelle, d'après le Code civil, que sur les mineurs et au profit du *père* et de la *mère* (art. 371 et 372). Tant que le mariage dure, ajoute l'article 373, le père l'exerce seul. Ce qui implique bien que la dissolution du mariage n'entraîne pas la destruction de la puissance paternelle. On a eu tort, suivant nous, de prétendre le contraire en s'appuyant sur les termes de l'art. 390. L'art. 373 et l'art. 390 ne se contredisent pas, comme on voudrait le faire croire. En cas de décès de l'un des époux, il y a combinaison de la puissance paternelle et de la tutelle, de même qu'en cas de divorce il y a combinaison de la puissance paternelle (voir l'art. 302) et d'un pouvoir particulièrement énergique des tribunaux.

Cette observation détermine le plan de notre étude sur le régime légal des droits paternels de correction

et d'éducation. Nous examinerons d'abord l'autonomie du pouvoir paternel pendant le mariage. Ce sera notre section première. Ses paragraphes passeront successivement en revue : 1° L'état normal du mariage ; 2° ses accidents : absence, folie, crimes ou délits, séparation. La section II traitera de la situation toute spéciale du pouvoir paternel après la dissolution du mariage : 1° Par le divorce ; 2° par la nullité du mariage ; 3° par la mort de l'un des conjoints. Arrivé là, notre tâche sera finie. Il n'y a plus alors qu'une hypothèse possible, c'est le décès du survivant des père et mère, et dans ce cas, le pouvoir paternel est définitivement éteint. Il n'y a plus en présence que des enfants, chefs de famille ou à peu près, et l'Etat qui, par la force des choses, est contraint de les protéger. Il reste bien des droits de correction et d'éducation, au profit de ceux à qui ils sont confiés ; mais il n'y a plus, à proprement parler, — puisque nous sommes sur le terrain de la tutelle, — de droits *paternels* de correction et d'éducation.

## SECTION PREMIÈRE

### LA PUISSANCE PATERNELLE PENDANT LE MARIAGE

#### § 1. *Le mariage subsiste dans son état normal.*

Tout le monde connaît la violente apostrophe que Napoléon, au retour de la campagne de Russie, adressa

à son Conseil d'Etat : « C'est à l'idéologie, à cette ténébreuse métaphysique, qui, en recherchant avec subtilité les causes premières, veut sur ses bases fonder la religion des peuples; c'est à l'idéologie qu'il faut attribuer tous les malheurs de la France » (1). Ces paroles, prononcées en décembre 1812, ont un curieux commentaire dans les débats de la séance du 26 frimaire an X (17 décembre 1801), où la première discussion du titre de la puissance paternelle eut lieu sous la direction du premier Consul. Ce fut précisément le général Bonaparte qui parut alors le plus atteint d'idéologie. « Le premier Consul, nous dit Locré (2), pense que le projet de loi en discussion doit prendre l'enfant à sa naissance; dire comment il est pourvu à son éducation; comment on peut le préparer à une profession; comment il lui est possible de reconnaître un enfant dont il est devenu le père avant sa majorité; comment et sous quelles conditions il peut se marier, voyager, choisir un état ». M. Devallée, dans le remarquable article qu'a publié la *Revue Wolowski* (tome XLIV, p. 233), voit dans ces paroles la preuve que le premier Consul avait admirablement saisi l'importance capitale de l'organisation du pouvoir domestique. Cela est possible et même probable; cependant, ce qui en ressort, c'est plutôt sa passion de tout réglementer, passion éminem-

(1) Thiers, *Consulat et Empire*, t. XV, liv. XLVII.

(2) Locré, *Législ. civile*, t. VII.

ment idéologique. Écoutons la suite, en effet : « Le projet laisse indécises beaucoup de questions qu'il importe cependant de résoudre. On ne sait, par exemple, si un fils parvenu à l'âge de discernement et qui ne reçoit pas une éducation conforme à la fortune de son père, peut se pourvoir et demander à être mieux éduqué. Peut-être serait-il nécessaire aussi de distinguer entre l'éducation des garçons et celle des filles ; et lorsque les mœurs du père sont déréglées, de donner quelque autorité à la mère, qui, sans avoir de puissance, est cependant l'institutrice naturelle de ses enfants ». Si l'on avait suivi le plan dicté par cet esprit terriblement précis, il est certain que la physionomie du titre IX, livre I, aurait été beaucoup plus *individuelle* qu'elle ne l'est actuellement. Les conseillers d'État discutèrent sur les principes. Le Bourguignon Berlier, qui représentait avec le plus de ténacité les idées de la France du Nord, rompit des lances avec le Périgourdin Maleville, qui exposa, avec une grande élévation de pensée, la doctrine traditionnelle de la France du Midi. L'un veut que le droit du père et de la mère sur les enfants soit désigné par le mot d'autorité, qui seul répond aux mœurs nouvelles. L'autre, au contraire, tient à conserver l'expression de puissance paternelle, qui entraîne après elle l'idée essentielle à mettre en relief, l'idée de respect. On le voit, la question de principe se débat sous une question de mots. La discussion, dans cette première séance, est



assez confuse. Au premier abord, Maleville paraît avoir triomphé. La rubrique de notre titre parle de la puissance paternelle, mais les articles parlent d'autorité paternelle. Cette incohérence, qui apparaît à la première lecture du texte, montre bien l'ardeur de la lutte et l'indécision finale devant la résolution à prendre. Y a-t-il puissance ? Oui, nous dit l'en-tête, et les art. 372 et 373 s'empressent de la désigner du nom d'autorité. Y aura-t-il, pendant le mariage, contrôle de la justice ? demande le premier Consul. Sans doute, répondent en même temps Maleville et Régnier ; c'est une tradition dans toute la France. Mais Tronchet vient de dire : « L'enfant n'appartient qu'au père ». C'est ainsi que des affirmations contradictoires laissent absolument la question en suspens, de même que l'autre question posée par Cambacérès, au début de la séance, et qui se lie si intimement à la précédente : « Quelles seront les conséquences de la puissance maternelle que nous établissons ? »

Ce que nous voudrions bien mettre en évidence, c'est précisément l'impossibilité absolue où l'on est de découvrir, en matière de puissance paternelle, l'esprit de notre loi. Les deux théories ont eu successivement leurs succès et leurs revers. Chacune d'elles, a su faire adopter une partie de ses conséquences. Aucune n'est parvenue à expulser les conséquences de sa rivale. Qu'en résulte-t-il ? un assemblage disparate d'axiomes, d'où l'on peut faire sortir, en les prenant séparément, l'un et l'autre des systèmes qui se sont combattus.

L'orateur du Conseil d'État, Réal, est surtout frappé des ressemblances que le nouveau titre offre avec « le Code de la nature ». Or, le Code de la nature, ce sont les idées de Rousseau. Le conseiller Berlier et après lui le consul Lebrun (1) protestent jusqu'à la dernière minute contre l'organisation du droit de correction, qui leur paraît reconstituer le despotisme paternel. L'un se félicite de voir enfin « la piété filiale adorant la « piété paternelle ». Les autres se croient revenus au temps de Brutus. Il y a du vrai dans les deux appréciations. Le système du Code civil n'est pas un système de toute pièce : il résulte d'un tria auquel n'a présidé aucune vue d'ensemble ; c'est précisément dans le choix des règles qui le composent, dans leur mode d'agencement, et, pour tout dire, dans la part respective faite aux deux principes opposés, que consiste son originalité. On ne peut pas le développer sans le détruire. La tâche de l'interprète, en présence des questions non tranchées dans le texte, est donc bien simple. Il ne peut pas remonter à un principe général qui n'existe pas ; il ne peut pas étendre un principe particulier sans diminuer d'autant le principe voisin, c'est-à-dire sans refaire la loi. Il doit se taire et respecter l'ordre des concessions que le Conseil d'État a cru devoir faire aux deux opinions ennemies.

C'est ce que nous allons essayer : 1° pour le droit de correction ; 2° pour le droit d'éducation.

(1) Séances du 8 vendémiaire an XI (30 septembre 1802) et du 20 brumaire an XI (11 novembre 1802).

DROIT DE CORRECTION

Le droit de correction appartient au père, en vertu de l'art. 373 précédemment cité : « Le père seul exerce « cette autorité durant le mariage. » Son droit de correction se manifeste sous quatre formes : les peines corporelles, l'emprisonnement, l'expulsion de la famille, la privation de la quotité disponible. Nous allons voir les quatre modes d'intervention de la justice, qui y correspondent.

*Peines corporelles.* — Il y a une peine corporelle que le père de famille pouvait infliger autrefois à ses enfants, et qui est aujourd'hui en dehors des limites de sa puissance : c'est la peine de mort. Nous la retrouvons dans toutes les législations primitives où elle ne se confond point avec le *jus vitæ necisque* ou droit à l'infanticide. Elle disparaît avec l'adoucissement des mœurs. Le Code pénal, dans ses art. 302 et 304, ne distingue plus entre le meurtre et l'assassinat commis par un citoyen sur un autre, ou par un père sur son fils. Il y a, au contraire, certaines punitions manuelles que toutes les époques, même les plus sensibles, ont tolérées. Entre ces deux cas extrêmes se trouve une longue série d'actes comprenant tous ceux que l'on désigne sous le nom de coups et blessures, et qui sont punis par les art. 309 et suivants. Ici encore point de mention particulière des coups que les parents peuvent porter à leurs enfants et des blessures qu'ils peu-

vent leur faire. L'intérêt de la question croît d'année en année. Il se produit de plus en plus, surtout dans les grandes villes (1), des actes de sévérité ou pour mieux dire de cruauté bien faits pour déconcerter les âmes vertueuses qui croient au progrès des mœurs. Le ministère public poursuit sans hésitation, voilà le fait (2). Mais les personnes qui s'indignent avec M. d'Haussonville de ce que l'art. 315, en édictant une aggravation de pénalité contre l'enfant qui a battu ses ascendants, n'ait pas permis de frapper ces parents dénaturés d'une peine plus sévère « que s'ils avaient maltraité un passant dans la rue », ces personnes seraient bien étonnées d'apprendre que ce point même a été mis en doute par certains juristes. M. Demolombe (*De l'adoption*, éd. 1854, p. 277), tout en croyant à la possibilité du contrôle répressif de la justice, renvoie au passage des *Questions de Droit*, de Merlin, où sont résumées les péripéties de l'affaire Geeraert. Geeraert était un ouvrier de Gand, que le tribunal correctionnel de cette ville avait condamné pour voies de fait sur la personne de sa femme, en vendémiaire an X. Le commissaire du gouvernement fit appel, en protestant contre cette ingérence de l'État dans l'intérieur des familles. La loi du 22 juillet 1791, dit-il, ne peut être appliquée. Elle vise les crimes et délits contre les citoyens. « Or, cette

(1) V. d'Haussonville, *Revue des Deux-Mondes*, livraison, 1<sup>er</sup> juin 1878, l'*Enfance à Paris*, p. 615.

(2) Cass., 17 décembre 1819.

expression désigne des personnes indépendantes les unes des autres; elle est exclusive des personnes confondues dans une union constante, placées sous la puissance l'une de l'autre; et entre lesquelles les discussions sont toujours prêtes à naître... Que l'on considère les résultats de l'interprétation contraire de la loi! Quel est le chef de famille qui ne devra pas trembler de se voir à chaque instant livré à un tribunal, soit correctionnel, soit de police, pour rendre compte de sa conduite envers sa femme et ses enfants? Aujourd'hui, le commissaire de police l'y fera aller pour des sévices, demain pour des menaces, une autre fois pour de simples injures. » Laissons de côté la question en ce qui concerne la femme. Il est certain que pour les enfants on se trouve placé entre l'impunité absolue contre laquelle l'humanité proteste, et l'application totale du droit commun que le bon sens suffit pour faire rejeter. Ce second parti s'appuierait sur trois considérations: d'abord sur l'unanimité d'opinion qui existe en matière d'assassinat ou de meurtre. Il est reconnu de tous que les art. 302 et suiv., bien que muets sur ce cas particulier, s'appliquent au père qui prétend exercer son ancien droit de justice. Pourquoi s'arrêterait-on, dès lors, quand il s'agit des art. 309, 310 et 311, devant l'objection du commissaire du gouvernement? Les crimes et délits contre les particuliers ne peuvent pas s'entendre des crimes et délits commis sur des personnes dépendantes l'une

de l'autre ! Ou l'argument est bon dans les deux cas, ou il est mauvais. Or, on s'accorde à le déclarer mauvais dans le premier. D'ailleurs, et c'est la seconde considération, le Code pénal montre parfaitement par sa rédaction que ses auteurs ont pensé aux crimes et délits commis dans l'intérieur des familles. Après avoir posé la règle générale dans les art. 309, 310, 311, il prévoit l'hypothèse des coups portés à un ascendant, et accentue la sévérité de la peine. Il a donc bien l'intention évidente de laisser le père coupable sous l'empire du droit commun. Enfin, on peut dire en troisième lieu que ce système difficile à soutenir en vendémiaire an X, est devenu absolument monstrueux depuis 1810. Le commissaire du gouvernement près le tribunal de Gand admettait comme correctif le droit de priver judiciairement le père de l'éducation de ses enfants. Or, ce droit n'a été édicté par aucune de nos lois ; et nous verrons qu'aucune argumentation ne peut l'en faire sortir.

Il n'en est pas moins vrai que cette solution laisse la porte ouverte à tous les abus. Qui arrêtera le pouvoir judiciaire et l'empêchera de poursuivre jusqu'au bout l'idée que nous trouvons par exemple dans Laurent (*Code civil*, édit. 1878, t. IV, n. 275). « Aujourd'hui nous défendons aux instituteurs de battre les enfants dont l'éducation leur est confiée. A plus forte raison faut-il dire que les pères et mères ne doivent pas se livrer à des actes de brutalité, qui abrutissent



les enfants au lieu de les moraliser. » Une coutume s'est établie que les auteurs consacrent généralement sans insister : il n'y a matière à intervention que dans les cas graves. C'est l'opinion de Chauveau et Hélie (t. IV, p. 39, éd. 1852) qui se fonde sur la tradition constante (1). Nous verrons, en nous occupant de la jurisprudence, que celle-ci s'y est ralliée et pour quelles raisons. Malheureusement une coutume, avec notre conception de la loi, n'abroge rien. Les textes du Code pénal ne font que sommeiller. Il suffit que la passion politique intervienne, pour que le juge puisse mettre en action contre l'autorité domestique cette puissance démesurée, dont on ne se doute pas parce qu'on ne l'a pas encore sentie. C'est surtout en matière pénale qu'on doit se garder des juridictions d'équité !

Le père et la mère ont été condamnés : supposons-le ; que va devenir l'enfant ? Pendant l'emprisonnement des coupables, il sera à la merci de la charité privée ou de l'Assistance publique, à défaut de parents et d'amis qui s'intéressent à lui. Mais après ? Il sera rendu à ses parents. « Aucune disposition de nos lois, dit avec raison M. d'Haussonville dans l'article déjà cité, ne permet de retirer l'exercice de la puissance paternelle au père et à la mère qui en ont fait un

(1) Voir leurs citations de Menochius et de Farinacius, *loco citato*.

si monstrueux usage, et la malheureuse victime, qui a déjà fait de la barbarie de ses parents une si cruelle expérience, est condamnée à retomber sous leurs coups, enflammés qu'ils seront peut-être par le ressentiment, sans qu'aucune puissance humaine ait le droit de la leur disputer. » Les légistes se sont montrés aussi sensibles que les gens du monde et les arguments juridiques n'ont pas manqué pour faire parler le silence de la loi. M. Demolombe a mis en œuvre dans ce but tout l'arsenal de ses équitables subtilités. Nous reprendrons la discussion de la question, qui se retrouve à chaque pas dans l'étude du droit d'éducation. Rappelons-nous seulement ces paroles de l'Exposé des motifs du conseiller Réal, qui font bien ressortir l'originalité du système de la loi, et partant l'intention très nette chez ses auteurs de dire ce qu'ils voulaient dire, et de taire ce qu'ils voulaient taire : « Il faut avouer qu'entre les lois civiles qui jusqu'ici ont régi nos personnes et nos biens, il n'en est pas une seule qui ait besoin d'une plus entière réforme que la loi sur la puissance paternelle. Le législateur n'a pu trouver, sur cette importante question, aucun secours dans la loi romaine, et n'a trouvé dans les coutumes que des vues imparfaites marchant entre la faiblesse et l'exagération. »

Nous avons mis en tête de cette étude sur le droit de correction l'art. 373 du Code civil : « Le père exerce seul cette autorité pendant le mariage. » Quand il s'a-

git d'actes qui n'ont rien de juridique, la mère l'exerce concurremment avec le père. C'est ce que l'expérience démontre tous les jours. Cependant une conséquence découle même alors de cet art. 373. S'il y a abus de la part de la mère, la responsabilité du père est forcément engagée. Quand la justice la poursuit, elle doit aussi poursuivre le père, au moins comme complice. Il a le pouvoir domestique, c'est-à-dire le pouvoir marital et le pouvoir paternel. Rien ne peut être entrepris sur la personne de ses enfants sans sa délégation formelle ou tacite. S'ils sont victimes de mauvais traitements, c'est qu'il aura : « aidé ou assisté l'auteur de l'action » (C. p., 60, § 3). Il faut, bien entendu, comme l'ajoute l'article du Code pénal « qu'il en ait eu connaissance ». Il ne saurait, en cas d'inconscience, y avoir de crime ni de délit.

*Emprisonnement.* — Il y a deux sortes de prisons : la chartre privée et les prisons publiques. Le père peut recourir à l'un et à l'autre de ces deux moyens.

α. *Chartre privée.* — Il est bien évident que là encore on ne saurait abandonner au père une entière liberté. On serait presque tenté au premier abord de lui refuser tout usage de ce droit. Le Code, en organisant l'emprisonnement régulier de l'enfant vicieux, n'a-t-il pas entendu supprimer jusqu'aux vestiges de ces séquestrations qui ont été révélées par tant de procès célèbres ? Dès lors les art. 341 et suivants du Code pénal devraient s'appliquer avec bien plus de rigueur que

les art. 309 et suivants. Ils seraient applicables toujours et dans toute leur étendue. Cependant l'avis général est ici le même (1). On ne peut refuser aux pères un droit de détention restreint « pourvu qu'il n'excède pas les bornes d'une correction modérée », disent Chauveau et Hélie (p. 239). La nécessité en est tellement indiscutable que dans l'université française le séquestre a survécu de longues années à la fêrule : cette odieuse chartre privée peut donc être plus douce que les corrections manuelles (2).

Quant à ce qui touche la responsabilité du père, lorsque la mère est l'auteur principal du crime ou du délit, notre solution sera exactement la même que tout à l'heure. Ici toutefois, on ne peut guère concevoir que le père ne soit pas complice. Si les coups et blessures peuvent être infligés en son absence et les traces en être expliquées d'une façon plus ou moins plausible, la séquestration ne peut avoir lieu, hors certaines circonstances bizarres et partant exceptionnelles, à son insu et sans son consentement.

β. *Prisons publiques.* — L'emprisonnement est un élément indispensable de toute bonne discipline. Donc, le père de famille doit pouvoir en user. Si on lui en interdit l'emploi dans l'intérieur de son domi-

(1) Aff. Guyot, S., 38, 4, 788.

(2) V. sur le disciplinaire aujourd'hui supprimé de l'Assistance publique, d'Haussonville, *l'Enfance à Paris*, livraison, 1<sup>re</sup> octobre 1876, p. 500.

cile (art. 341 et suiv. du Code pénal) il faut qu'il se puisse faire ouvrir facilement la porte des prisons de l'État. C'est ce que le Code civil n'a compris qu'à moitié dans ses art. 375 et suivants.

Le premier projet avait pleinement reconnu l'exactitude de ce principe. « Le père (seul naturellement : c'est un attribut *juridique* de la puissance paternelle), qui aura des sujets de mécontentement très graves sur la conduite d'un enfant dont il n'aura pu réprimer les écarts, pourra le faire détenir dans une maison de correction ». Il doit toutefois s'adresser au juge, qui est ici le président du tribunal et non le tribunal en entier. Il n'y a point d'instance. « On veut prévenir, dit Boulay, tout procès entre le père et le fils. » Tout est ménagé de façon à ce que le père — quel que soit l'âge et la situation de l'enfant mineur — apparaisse comme rendant lui-même la sentence. Le président doit lui délivrer de suite l'ordre d'arrestation (art. 2). Tout se passe loin du public, sans autre formalité judiciaire « que cet ordre d'arrestation dans lequel les motifs ne sont pas énoncés » (art. 378 actuel). Le père conserve naturellement son droit de pardon et son droit de punir en cas de fautes nouvelles (1). C'est ainsi que silencieusement et sur l'ordre souverain du père pouvait

(1) Le projet ne le disait pas expressément, mais cela résultait de son esprit.

être prononcé un emprisonnement d'abord « de six mois et d'une année s'il y avait récidive » (art. 3) (1).

On connaît assez les sentiments du Conseil d'Etat pour comprendre qu'une telle latitude ne pouvait être laissée au pouvoir paternel. Berlier cria à la tyrannie et proposa coup sur coup le contrôle du tribunal et du conseil de famille, tout en donnant la préférence à ce dernier, « car il pourrait être fort délicat en plusieurs occasions de déférer à la justice des faits appelant une répression juridique ». A quoi Boulay répondit « que les familles étaient trop divisées pour constituer dans l'intérêt de l'enfant une protection bien efficace ». Ce fut alors que le consul Cambacérès, s'inspirant en partie de l'arrêt de règlement du 9 mars 1673, introduisit la distinction fondamentale entre la détention par voie d'autorité et la détention par voie de réquisition qui domine le titre IX.

L'observation de Cambacérès mérite une analyse particulière. Son amendement ayant été adopté sans discussion, ses paroles en sont le meilleur commentaire.

« Il est très important, dit-il (Locré, p. 35), de régler le pouvoir du père par des considérations prises de l'âge de l'enfant et de sa situation.

1° *Age*. — « Un jeune homme de vingt ans et dix mois, qui peut-être a déjà un état dans la société,

(1) Locré, *Législ. civile*, t. VII, p. 14.



ne doit pas être exposé à la correction paternelle comme un enfant de quinze ans.

« Autant il est raisonnable de donner au père le droit de faire enfermer, de sa seule autorité, *pour quelques jours*, un enfant de douze ans, autant il serait injuste de lui abandonner et de laisser pour ainsi dire à sa discrétion un jeune adolescent d'une éducation soignée et qui annoncerait des talents précoces... . Le président et le commissaire doivent donc être autoirrés à peser les motifs d'un père qui veut enfermer soit un jeune homme au-dessus de seize ans, soit un enfant *au-dessous de cet âge*, quand le père veut le faire détenir *au delà de quelques jours*.

2° *Situation*. — « Il faut encore, dans le cas de l'art. 13, limiter *davantage* le pouvoir des pères. On doit, en effet, pourvoir à la sûreté de l'enfant à qui la libéralité de ses parents ou de ses amis a donné quelque fortune, ou qui est parvenu à s'en donner lui-même par son travail ou par son industrie (laissons de côté la raison donnée que tous les manuels se font un devoir scrupuleux de déclarer fausse et mal fondée). Peut-être même serait-il juste d'autoriser cet enfant à se pourvoir devant le président et le commissaire du tribunal d'appel contre la décision du président de première instance. Cette décision serait cependant exécutée par provision. »

Locré ajoute (page 37) : « Ces divers amendements sont adoptés. »

Certes, voilà des observations que l'on ne saurait mépriser. Si l'on peut reprocher à Cambacérès de « manquer presque toujours de précision et de netteté » (Laurent, t. IV, éd. 1878, p. 376), ce n'est pas en cet endroit. Il explique très clairement l'ordre et les expressions des art. 375 et suivants.

On lui présentait une magistrature domestique fortement constituée, dont les décisions — dans les limites légales — étaient sûres de l'adhésion de la justice. Il substitue à ce rôle purement passif un rôle actif d'appréciation et de contrôle, si bien que l'emprisonnement par voie d'autorité, qui était la règle, devient l'exception, et que l'emprisonnement par voie de réquisition qui n'était pas nommé devient la règle.

La règle, en effet :

L'enfant a-t-il plus de seize ans commencés (ou quinze ans révolus, 377)? la voie de réquisition est la seule possible.

L'enfant a-t-il moins de seize ans et veut-on le faire détenir plus d'un mois (376)? — hypothèse que les interprètes passent sous silence et que Cambacérès avait formellement prévue, — il faut encore y avoir recours.

L'enfant, quel que soit son âge, a-t-il des biens personnels ou exerce-t-il un métier? Encore et toujours la voie de réquisition, et ici — ici seulement — avec un double contrôle : contrôle préventif du président du tribunal de première instance et du procureur

de la République; contrôle postérieur à l'arrestation par le procureur général et le premier président à la cour.

L'emprisonnement par voie d'autorité s'est vu limité à une hypothèse unique, où on l'a peut-être laissé subsister à regret : il ne peut atteindre que l'enfant de moins de quinze ans, à qui l'on n'a point appris d'état et qui n'a pas reçu de libéralités (376), et ne peut alors excéder un mois.

Toutes ces solutions qui semblent, d'après nous, découler tout naturellement du texte et des commentaires du consul sont fort attaquées. On ne saurait croire combien de discussions se sont élevées : 1° sur les cas où l'autorité judiciaire pouvait intervenir; 2° sur les limites où elle peut se mouvoir. Il y a eu une double tentative pour étendre le cas d'intervention et pour réduire la liberté d'action du juge.

I. α. M. Demante, dans son *Programme*, I, n° 374, en se fondant sur l'expression de nouveaux écarts que l'on trouve dans l'art. 379, a prétendu que même dans le cas unique, où le père peut agir par voie d'autorité, il est obligé de prouver la récidive de l'enfant pour obtenir le second ordre d'arrestation. M. Demolombe a répondu avec beaucoup de raison, que l'art. 379 renvoyait aux formes des articles précédents : en l'espèce à l'art. 376. Or, l'art. 376 dit formellement que le président n'a aucune appréciation à faire, il n'a qu'à signer. Les travaux préparatoires corroborent absolu-

ment cette manière de voir. C'est le seul point sur lequel le premier projet ait été laissé intact. Or, manifestement, le premier projet interdisait au président « de juger le jugement du père ».

β. Pourquoi M. Demolombe a-t-il essayé d'accroître encore le pouvoir si étendu du président dans le cas même, où pour une première faute, le père a le droit de réclamer l'emprisonnement immédiat de son enfant? (art. 376). Il suppose l'enfant si jeune qu'il ne peut pas être responsable, et par conséquent ne peut pas être puni (n° 314). Le président aurait, d'après lui, le droit de refuser l'ordre d'arrestation. C'est une solution anti-juridique. Le Code pénal n'a pas admis d'âge minimum pour la responsabilité. Le Code civil en se taisant sur la question n'a fait qu'obéir au même point de vue. Tout ce que nous pouvons admettre c'est la distinction suivante : ou le père est sain d'esprit, et alors l'ordre doit être délivré ; ou il a perdu la raison, et alors le président sans avoir besoin d'attendre l'interdiction (489 et suiv. C. civ.), ou l'internement dans un asile d'aliénés (loi du 30 juin 1838), pourrait ne pas lui répondre. Une des conditions requises par l'art. 376 manque en effet : le consentement. Il n'y a pas consentement là où il y a folie.

II. Dans quels cas a-t-on cherché à paralyser l'action du juge? Dans trois cas différents :

On a prétendu que toutes les fois qu'on ne pouvait agir que par voie de réquisition, le contrôle du

président de la cour sur le président du tribunal était de droit.

On a soutenu aussi que pour l'enfant de moins de quinze ans, l'emprisonnement même par voie de réquisition ne pouvait excéder un mois.

On a absolument passé sous silence le droit pour le président, à qui un père de famille le demande, de substituer à l'emprisonnement par voie d'autorité un emprisonnement plus long prononcé d'après les formes de la voie de réquisition.

Ce qui fait la force de cette première opinion, soutenue notamment par M. Demolombe, par Proudhon (t. I, p. 251), et Zachariæ (t. III, p. 678), ce n'est pas cet argument que là où il n'y a pas de raison de distinguer, on ne saurait vraiment le faire. D'abord la raison existe : il y a lieu ici de sauvegarder une situation particulièrement intéressante, résultant du travail ou du droit de propriété. Ensuite le point est précisément de savoir si la loi n'a pas distingué. Ce n'est pas non plus le texte des travaux préparatoires. On a la prudence d'avouer qu'il laisse la question douteuse. C'est cette considération que l'appel est de droit commun et que dans le doute il faut l'admettre. L'art. 20 de la loi du 17 avril 1832, ne l'accorde-t-il pas en matière de contrainte par corps ? Lorsque le jugement d'un tribunal ne peut avoir le dernier mot en matière de liberté individuelle, il en est de même, *a fortiori*, de la décision d'un président.

A cela nous répondrons : que les travaux préparatoires ne sont pas muets, au contraire. Les paroles de Cambacérès suffiraient pour faire trancher la question. Réal les accentue encore : « Il faut des restrictions plus sévères encore lorsque l'enfant a des biens ou un état » (p. 61). Vesin, qui fit le rapport au Tribunat, répète : « Il y a plus de formalités si l'enfant a des biens » (p. 74). Albisson seul, l'orateur du Tribunat, assimile toutes les hypothèses (p. 87). Il serait curieux qu'il eût raison contre tous.

Donc, le doute n'existe pas ! Mais aurait-il existé, que la solution aurait dû être la même. Que le droit d'appel se présume (1), soit, lorsqu'il s'agit d'un procès entre deux citoyens indépendants et égaux au point de vue juridique. Mais ici, il n'y a pas de procès. Il s'agit d'un père qui exerce son droit de correction ; ce qui est tout différent. La loi est pour le défendeur ordinaire. Ici on pourrait soutenir qu'elle est pour le père : car elle lui accorde — le premier projet en fait foi — son droit de correction plein et entier, sauf les restrictions formellement exprimées.

Au surplus, dans cette matière si difficile, où il est si délicat de découvrir l'esprit de la loi, l'application stricte du texte est le parti le plus sûr. Nous avons développé cette idée au début de notre étude. Il s'agit d'en faire usage. C'est dans le second alinéa de l'ar-

(1) M. Laurent fait remarquer que le droit de l'art. 382 n'est pas un véritable droit d'appel : car l'appel est suspensif.



ticle 382 que la loi organise le contrôle du premier président. Or cet article est exclusivement consacré à l'enfant qui a des biens personnels ou qui exerce un état. La conclusion va de soi. Elle avait ramené à l'opinion que nous défendons : Marcadé (t. II, art. 382, n° 4, 4°); Duranton (t. III, n° 355) et Laurent (t. IV, n° 288).

β. C'est encore M. Demolombe qui a soutenu avec le plus d'ardeur le système qui défend au président de consentir à plus d'un mois d'emprisonnement quand l'enfant a moins de quinze ans. Il y a pour lui liaison entre l'âge et la durée de la peine. « On a cru avec raison, dit-il, que les écarts d'un enfant au-dessous de quinze ans seraient en général suffisamment réprimés par une détention d'un mois, et le maximum n'a été élevé que pour l'enfant dont l'âge plus avancé peut faire craindre des écarts plus graves. » Nous avons vainement cherché l'endroit où cette préoccupation se fait jour dans les travaux préparatoires. Nous n'y avons trouvé qu'une idée radicalement contraire. Cambacérès, — c'est encore lui qu'il nous faut suivre, — voulait, non pas faire croître la peine avec l'âge, mais la faire décroître. Il avait divisé la minorité en trois périodes; jusqu'à quinze ans, emprisonnement par voie d'autorité, sauf exception; de quinze à dix-huit ans, emprisonnement par voie de réquisition; à partir de dix-huit ans, le droit du père était éteint. Le Tribunat fit remplacer « l'âge de dix-huit ans » par ces mots « jusqu'à la majo-

rité ou l'émancipation » (par acte ou par mariage), que nous lisons au commencement de l'art. 377. Mais cela ne change rien au point de vue qui reste on ne peut plus clair. La loi organise une garantie pour les cas qui lui paraissent particulièrement intéressants ; et comme le contrôle du président la rassure, elle consent à *maintenir* le délai de six mois qui était, on s'en souvient, *celui du premier projet*. Il y a corrélation, comme le dit fort bien Zachariæ (édit. d'Aubry et Rau, t. III, p. 678, n° 1), entre la durée de la détention et le mode suivant lequel elle est prononcée. Aussi, est-ce à l'art. 377 en bloc, et non à l'une de ses parties que renvoient les art. 380 et 381. « Si le père est remarié, il sera tenu... de se *conformer* à l'art. 377. » Se conformer à l'art. 377 ! Comment M. Laurent, d'ordinaire si fidèle interprète du texte, a-t-il pu traduire *se conformer* par user des formes de l'art. 377, lui qui, à propos de l'art. 378, raille si agréablement une discussion qui roule tout entière sur une virgule ?

γ. Nous avons dans la solution précédente un solide point d'appui pour répondre à notre troisième question. L'emprisonnement par voie de réquisition peut durer plus d'un mois, même lorsque l'enfant a moins de quinze ans ; cela est entendu. Donc (art. 381) la mère survivante peut faire détenir son enfant de douze ans pendant plus d'un mois. Et le père ne le pourrait pas, lui dont le pouvoir est en principe bien plus énergique. Il ne pourrait pas, en renonçant à l'emprisonnement

par voie d'autorité, « dont le temps ne peut excéder un mois » (376), aggraver la punition en employant, lui aussi, la voie de réquisition ! La contradiction est évidente. Aussi ne vient-elle pas de la loi, mais de la doctrine.

Avec le système général de la doctrine, en effet, la question ne pouvait pas se poser. Ce système part précisément de cet axiome : que jamais l'emprisonnement d'un enfant de moins de quinze ans ne peut dépasser un mois. Le principe paraît si sûr, et sa justification si claire, qu'on ne s'arrête ni aux travaux préparatoires, ni à la rédaction des articles. Malheureusement, nous croyons avoir établi qu'il ne repose sur rien.

La loi a organisé deux sortes de détentions. L'une est discrétionnaire, mais très courte ; l'autre est entourée de garanties, et plus longue. Si le père veut agir sans contrôle, il doit se contenter de la première ; mais s'il consent à soumettre ses motifs au magistrat, le législateur n'a plus de raisons pour se méfier de lui et lui permet de fixer la peine au maximum de six mois dont parlait le premier projet. C'est ce que dit formellement Cambacérès, et après lui Réal (p. 60). « Le père devra soumettre ses motifs au président et au commissaire du gouvernement, même pour un enfant au-dessous de quinze ans, lorsqu'il voudra le faire détenir *au delà de quelques jours*. » N'est-ce pas aux discussions qu'il faut s'adresser quand on veut interpréter le texte ? « Si la loi n'indique pas le but qu'elle veut atteindre,

et n'explique pas ses intentions, disait Bonaparte dans la séance du 4 vendémiaire an X (Locré, t. IV, p. 378), on décidera souvent contre son vœu par l'analyse de ses dispositions. » — « Le procès-verbal lèvera les doutes, répondit Boulay, et expliquera l'intention de la loi. » Nous croyons qu'en l'espèce l'explication est sans réplique.

Si ennemi que l'on soit de l'intervention judiciaire, il est un cas où l'on est bien forcé de se demander si elle n'est pas possible. C'est celui dont parle M. Demolombe dans son n° 333, et sur lequel la loi a eu le tort de se taire. Un père réclame l'emprisonnement de son enfant par voie d'autorité. Le président refuse. Il prétend que l'enfant a plus de quinze ans; que le père remarié et veuf une seconde fois ne peut exercer le droit de l'art. 376 (discussion que nous verrons plus tard); que l'enfant a un état, etc... Qui tranchera le différend?

M. Demolombe dit que l'affaire sera jugée comme une affaire ordinaire par le tribunal civil. Seulement, comme le père ne peut pas plaider contre le président, il sera donné à l'enfant un curateur *ad hoc*. Dalloz rapporte simplement l'opinion de M. Demolombe.

Quelle est la conclusion? Un procès entre le père et le fils. Or, Boulay l'a dit, et le Conseil d'Etat était d'accord avec lui : « Nous ne voulons pas de procès entre le père et les enfants. » Donc la solution est inadmissible.

Quelle voie reste-t-il à prendre? Nous croyons qu'on pourrait recourir à la prise à partie : « Les juges peuvent être pris à partie dans les cas suivants : « 1° s'il y a dol...; 4° s'il y a déni de justice », nous dit l'art 505 du Code de procédure.

Il y a déni de justice, si le président refuse de recevoir le père. Il doit répondre les requêtes (art. 506 C. pr.), sinon il commet un déni de justice. Or, la demande du père est classée parmi les requêtes dans les ordonnances du président de Belleyrne... (t. I, p. 12).

Il y a dol, si le président, en s'obstinant à ne pas délivrer l'ordre d'arrestation, viole le droit du père.

Il faut admettre cette solution — sans se dissimuler son infériorité pratique — ou se résigner à n'en point donner.

Or, si l'on n'en donne pas, on détruit du coup l'emprisonnement par voie d'autorité. De quoi dépendra désormais son existence? Du bon plaisir d'un homme. Le magistrat n'a qu'à dire non pour que le père soit dépossédé d'un droit antérieur et supérieur à tous les droits de contrôle. Nous ne pouvons croire que l'art. 376 ait été écrit pour qu'on s'en joue, et que le Code civil ait organisé le droit de correction paternel pour le ruiner ainsi. Pour que la volonté de la loi soit respectée, il faut une sanction aux refus inconsidérés du président. Il n'en est pas de plus conforme à son esprit que la prise à partie, c'est-à-dire la protection traditionnelle contre les juges qui manquent à leur serment.

La magistrature domestique, bien que diminuée, a conservé néanmoins une certaine apparence qui n'est pas dénuée de dignité. Le texte actuel du Code met en relief certains traits que le premier projet ne faisait que sous-entendre, par exemple le droit de pardon et le droit illimité de recommencer la punition lorsque les écarts recommencent (379). Toutefois, il s'en est fallu de peu qu'au point de vue pratique toutes ces dispositions ne devinssent lettre morte. La détention paternelle est surtout employée, on le sait, par les classes peu aisées. Or, l'art. 378, 2<sup>e</sup> alinéa, nous dit : « Le père sera tenu de souscrire une soumission de payer tous les frais et de fournir les aliments convenables. » Rien ne paraît plus simple. Tout se réduit à une soumission comprenant deux obligations distinctes. Les interprètes ne se contentèrent pas d'un texte aussi clair. On prétendit qu'une virgule (c'est la question de la virgule) se trouvait entre « tous les frais » et « et de fournir ». On voit le changement. Il ne s'agissait plus de souscrire, il fallait payer. Les arguments juridiques ne manquent jamais à une bonne cause. On fit remarquer que l'art. 789 du Code de procédure sur la contrainte par corps exige la consignation des aliments (1). On n'a pas songé qu'il n'y a pas ici de contrainte par corps, mais bien l'exercice d'un droit spécial : le droit de correction paternel. On a oublié qu'en vertu même

(1) Taulier, I, p. 480.



du principe de l'égalité civile, ce droit, consacré par la loi, ne doit pas devenir le privilège des pères de famille riches. Ceux que ces arguments ne convertiront pas pourront voir dans M. Laurent que l'on n'a pas voté sur la fameuse virgule et qu'elle est par suite sans valeur.

Il est résulté de tout cela que les partisans de la virgule ont triomphé. Mais l'administration a résolu la difficulté créée par les auteurs. Nous voyons dans les ordonnances de M. de Belleyne qu'une attestation d'insolvabilité, signée du juge de paix, du maire ou du commissaire de police suffit pour obtenir une dispense (t. I, p. 12).

*Expulsion de la famille.* — Ou bien l'enfant est remis à un tiers, au profit duquel intervient une cession des droits paternels de correction et d'éducation, c'est l'ancien *mancipium*; ou bien l'enfant est jeté en pleine rue, à la merci de ses mauvais instincts, c'est l'*abdicatio*.

α. La cession des droits paternels n'a pas d'existence juridique en France (si ce n'est sous la forme bien peu pratique de la tutelle officieuse). L'art. 6 du Code civil la défend implicitement : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. » Or, le titre de la puissance paternelle est, au premier chef, une loi d'ordre public. S'il y a encore des ventes d'enfants, elles restent en dehors du domaine du droit civil,

quand elles ne tombent pas sous le coup du droit pénal (voir l'art. 2, loi 7 décembre 1874). Nous verrons qu'une proposition a été faite dans le but de les autoriser en faveur d'associations charitables (V. au chap. des projets : Projet du gouvernement).

On ne saurait comparer à la cession du pouvoir paternel les deux moyens de correction si usités en France : envoi de l'enfant insoumis dans un établissement d'éducation particulièrement sévère ; engagement comme mousse sur un navire marchand. Dans le premier cas, il y a un contrat de louage d'ouvrage d'une nature spéciale ; dans l'autre, un contrat d'apprentissage différent du contrat ordinaire. Une délégation partielle et même totale des droits de correction et d'éducation a bien lieu sans que l'enfant joue en fait un rôle plus actif que s'il s'agissait d'une vente. Mais le rôle du père est bien différent. Il peut reprendre son enfant, de suite dans la maison d'éducation ; après chaque voyage, à l'arrivée du navire (Dalloz, v. *Droit maritime*, n° 626) (1).

Toutes ces questions reviendront, on le voit, au sujet du droit d'éducation.

β. Il en est exactement de même du renvoi de l'enfant hors de la maison paternelle. Ce peut être une sanction ou un effet de la négligence des parents. Con-

(1) « Le mousse ne peut avoir moins de dix ans accomplis et plus de quinze » (Décret, 3 brumaire an IV).

finuellement les magistrats qui siègent à la correctionnelle ont à juger de jeunes mendiants ou vagabonds que leur père a chassés de chez lui à cause de leur désobéissance et de leur inconduite. En face du nombre croissant de ces expulsions, les tribunaux ont un droit, celui qui leur est conféré par l'art. 66 du Code pénal, et dont ils ne paraissent user qu'à regret. Lorsque l'enfant a moins de seize ans, ils peuvent l'acquitter comme ayant agi sans discernement; et, au lieu de le faire mettre en liberté, ce qui serait la conséquence régulière du jugement, ils peuvent exproprier le père, en quelque sorte, de ce droit d'éducation dont il a fait un emploi si malheureux. L'enfant est alors « conduit dans une maison de correction, pour y être élevé et détenu pendant tel nombre d'années que le jugement déterminera, et qui toutefois ne pourra excéder l'époque de sa vingtième année. » C'est tout ce que la justice peut faire. A notre avis, c'est fort suffisant, à condition de réformer l'organisation des établissements où les enfants sont conduits. C'est sur ce point cependant que les projets proposés ont accumulé les réformes. Ils ont tous, comme but principal, la suppression de fait de cet art. 66 par des systèmes plus ou moins compliqués de charité légale.

Actuellement le tribunal ne peut pas empêcher le père de recourir à l'expulsion, qui n'est réprimée par la loi, ni indirectement, puisque la peine de l'art. 348 du Code pénal n'est applicable que si l'enfant a moins

de sept ans ; ni directement, puisque l'obligation civile de l'art. 203 du Code civil ne peut pas sortir le plus souvent du nombre des axiomes platoniques.

*Privation de la quotité disponible.* — « Les récompenses et les peines, disait Maleville au Conseil d'Etat, sont le ressort le plus puissant des actions des hommes. » Nous n'avons vu jusqu'ici que des moyens de châtier. La privation de la quotité disponible sert tour à tour de châtiment et de récompense. Malheureusement son action est bien faible. On sait comment l'art. 913 l'a organisée. Le Code civil n'a pas cru pouvoir accorder davantage au jugement et à l'honnêteté des pères de famille français. L'art. 920 indique la sanction réservée à ceux qui pourraient croire encore que la liberté testamentaire est une conséquence de la liberté de la propriété : Les dispositions soit entre-vifs, soit à cause de mort, qui excéderont la quotité disponible, seront réductibles à cette quotité lors de l'ouverture de la succession ».

C'est de ce côté que se sont surtout portés les efforts des jurisconsultes et des publicistes qui croient avec nous que la puissance paternelle doit être fortifiée.

Les uns, comme Maleville, lors de la discussion du Code, comme M. Chrestien de Poly (*Essai sur la puissance paternelle*, 2 vol. 1820); M. Blanchet (*Revue du Droit français et étranger*, t. V, 1848, p. 403); M. Labbé (*Institutes d'Ortolan*, Appendice) voudraient voir re-

constituer l'ancienne exhérédation, dans des cas déterminés et sous la surveillance des tribunaux.

Les autres, forts de l'exemple de l'Angleterre et de la républicaine Amérique demandent une réduction, ou même la suppression de la réserve. Nous citerons entre autres Lanfrey (*Histoire de Napoléon I<sup>er</sup>*, t. II), et surtout Fr. Le Play (*Réforme sociale et Organisation de la famille*) (1).

L'autorité du père gagnerait à ce dernier système en même temps que son indépendance. Le droit d'appel rabaisse la juridiction contre laquelle il est établi. Il n'y a de véritablement respecté que la puissance souveraine.

#### DROIT D'ÉDUCATION

Le droit d'éducation est présenté aux lecteurs du Code sous l'aspect d'une triple obligation. « Le père et la mère contractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants ». Telle est la rédaction de l'art. 203. On a fait remarquer qu'elle contenait une légère erreur juridique, que ces obligations n'avaient point leur cause dans le fait du mariage, mais dans le fait de la procréation, et que, par suite, « elles dériveraient d'un quasi-contrat

(1) Voir dans ce sens la proposition du baron de Veauce en 1864 et 1865, et les Déclarations des Chambres de Commerce (décembre 1874).

plutôt encore que d'un contrat » (Demolombe, *Du mariage*, t. II, p. 4). On peut accepter l'observation à condition de rejeter d'avance toute idée d'assimilation entre l'enfant légitime et l'enfant naturel. Les droits et les devoirs des pères et mères légitimes et des pères et mères naturels sont réglés différemment par le Code civil, c'est incontestable. Or, les effets différents ne peuvent avoir que des causes différentes. Il faut donc convenir que la loi n'admet pas — c'est un point de vue juridique — une seule procréation, mais bien deux : la procréation légitime et la procréation qui ne l'est pas. D'où nous avons, en fin de compte, *deux* quasi-contracts, qui se distinguent, par ce fait que l'un d'eux a été précédé d'un contrat. C'est précisément ce qui peut excuser l'expression du Code. Il ne s'est pas livré à cet effort de logique subtile. Il a tout simplement relevé la physionomie de la vie réelle et constaté que les différences fondamentales de la situation de l'enfant légitime et de l'enfant naturel provenaient de ce que l'un avait une famille, tandis que l'autre n'en avait pas. Or, le principe même de la famille est le mariage c'est-à-dire un contrat. Il a bien pu, sans trop d'erreur, voir dans un contrat la cause des obligations de l'art. 203.

A cette observation de texte, il convient de joindre une observation de fond. L'art. 203 forme en quelque sorte le pendant des art. 371 et suivants. Ceux-ci organisent les droits du père. Celui-là définit ses devoirs. A qui appartient l'exercice du pouvoir pendant le ma-



riage ? Au père (art. 373). C'est donc à lui qu'incombe l'exécution de l'obligation. Voilà le principe. Le droit et le devoir existent. Mais le droit, est-il oui ou non absolu ? L'obligation est-elle oui ou non légale ? C'est sur ce point que la dispute s'est élevée.

Les uns faisant valoir l'indécision des rédacteurs du Code, insistent sur la nécessité de s'en tenir aux solutions formellement énoncées. C'est la seule manière de respecter une œuvre dont il est impossible de saisir le véritable esprit. D'où application rigoureuse du texte : rejet de toute intervention de la justice lorsque le Code ou les lois postérieures ne l'ont pas exigée.

Les autres, au contraire, ne se contentent pas de cette réserve. L'esprit du Code civil est pour eux tout entier dans la définition de la puissance paternelle par Réal : « Un droit fondé sur la nature et confirmé par la loi, qui donne au père et à la mère, pendant un temps limité et sous certaines conditions, la surveillance de la personne, l'administration et la jouissance des biens de leurs enfants » (Exposé des motifs). Ils insistent sur le caractère de protection du pouvoir paternel et aussi sur sa dualité. Il y a une obligation encore plus qu'un droit dans l'autorité paternelle. Donc, la justice doit veiller à l'exécution de cette obligation, comme elle veille à l'exécution des autres. Il y a deux puissances paternelles, celle du père, celle de la mère. Donc, la justice doit encore intervenir pour les accorder en cas de dissensions intérieures. C'est ainsi que l'Etat base

son immixtion sur son droit propre et sur le prétendu droit de la mère.

Nous allons avoir à choisir entre ces deux interprétations : entre le droit strict et l'équité qui se retrouvent ici encore en présence, car l'histoire se répète toujours, même l'histoire des discussions juridiques ; entre M. Laurent et M. Demolombe qui ont personnifié ici comme d'ordinaire ces deux tendances éternelles de l'esprit humain. Toutefois, au milieu du doute et de l'incertitude qui planent sur toute cette question, il est certains points réglés par des lois et qui, par conséquent, sont mis hors de toute contestation. Depuis 1851, en effet, le législateur français a touché çà et là aux devoirs du père pour les préciser et aussi pour les sanctionner légalement. Et ce n'est pas le côté le moins curieux du régime auquel est soumise la puissance paternelle en France, que ce petit groupe de dispositions, toutes imprégnées d'une foi profonde dans le droit de l'enfant, qui tranchent si vigoureusement sur le ton indécis et terne de l'ensemble. Ce sont, dans l'ordre chronologique :

La loi du 28 mai 1851 sur le contrat d'apprentissage ;

La loi du 19 mai 1874 sur le travail des enfants dans l'industrie ;

La loi du 7 décembre 1874 sur la protection des enfants employés dans les professions ambulantes ;

La loi du 23 décembre 1874 sur la protection des enfants du premier âge ;

La loi du 28 mars 1882 sur l'instruction obligatoire ;

La loi du 30 octobre 1886 sur l'instruction laïque.

C'est tout un plan de campagne fort savamment dressé et très habilement exécuté. L'esprit des théories individualistes les plus radicales a pénétré par cette voie détournée dans l'organisation de notre puissance paternelle. Si l'on n'y met bon ordre, sa logique impitoyable aura bien vite tranché toutes les questions de détails encore en suspens et réduit à rien le principe de l'autorité familiale, qu'il a déjà si fortement ébranlé.

*Plan de l'étude du contrôle de la justice sur le droit d'éducation.* — Trois hypothèses peuvent se présenter :  $\alpha$ . Le père à qui le droit d'éducation appartient pendant le mariage l'a abandonné à la mère par convention.  $\beta$ . Le père n'use pas de son droit et laisse inexécutées les obligations de l'art. 203.  $\gamma$ . Le père en use mal, de manière à compromettre l'éducation physique (*nourrir* et *entretenir* de l'article), l'éducation intellectuelle ou morale (*élever*) de l'enfant.

A ces trois cas correspondent trois questions :

I. Les tribunaux ont-ils le droit d'intervenir pour faire exécuter la convention signée par le père ?

II. Les tribunaux ont-ils le droit d'intervenir pour sanctionner les obligations de l'art. 203 ?

III. Les tribunaux ont-ils le droit d'intervenir pour remédier à leur exécution défectueuse?

C'est ce que nous allons examiner.

I. Le premier cas est certainement celui où l'intervention se comprendrait le mieux. Si absolu que l'on suppose le droit du père, du moment qu'il consent à s'en dépouiller, il semble que la question est bien simple : la justice doit lui faire tenir ses engagements.

A notre avis, il est impossible de l'admettre, ni par voie directe, c'est-à-dire par une instance ordinaire, ni par voie indirecte, c'est-à-dire par la séparation de corps ou le divorce.

α. *Voie directe.* — Que la convention ait été signée *avant* ou *pendant* le mariage, la solution est la même. En fait, ces clauses sont toujours insérées dans le contrat et n'ont en vue que l'éducation morale, ou pour mieux dire, religieuse de l'enfant. On décide, par exemple, — en cas de mariage entre personnes d'un culte différent, — que les fils seront élevés dans la religion du père et les filles dans la religion de la mère.

Dans *tous* les cas, la réponse est fournie par l'art. 6 que les rédacteurs du Code ont inscrit au titre préliminaire pour dominer leur œuvre entière : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Et pour les clauses du contrat de mariage, nous avons une

réponse encore plus précise dans l'art. 1388, qui n'est qu'une application particulière de l'art. 6 : « Les époux ne peuvent (dans le contrat) déroger ni aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme et des enfants, ou qui appartiennent au mari comme chef ». Or, l'art. 373 a dit : « Le père seul exerce l'autorité pendant le mariage ».

L'argument est tellement naturel que tous les auteurs l'ont refait l'un après l'autre (V. Duranton, t. XIV, n° 24 ; Zachariæ, t. III, p. 402 ; Marcadé sur l'art. 1389, n° 3 ; Demolombe, t. VI, n° 295) (1). Seuls, MM. Rodière et Pont, dans leur *Traité du contrat de mariage* (t. I, n° 63), ont soutenu, par une audacieuse affirmation du droit de la mère, qu'il y avait là un engagement d'honneur dont l'équité exigeait l'exécution.

Quel que soit le désir que l'on ait de voir proclamer le droit de la mère, il faut bien reconnaître en présence du texte, que le Code civil n'a consacré qu'un seul droit : le droit du mari « inaliénable, imprescriptible » parce qu'il est d'ordre public. « Nous avons compris, disait Portalis, que dans une société de deux, toute délibération, tout résultat deviendrait impossible, si l'on n'accordait la prépondérance au suffrage de l'un des associés. La prééminence du sexe a partout garanti cet avantage au père. » C'est une royauté qui ne comporte pas d'abdication.

(1) Laurent, t. IV, n° 293.

Donc, pour faire exécuter la clause du contrat, la femme n'a pas d'action, et la justice pas de pouvoir.

β. *N'y a-t-il pas possibilité de demander le divorce ou la séparation de corps?* — On l'a prétendu en s'appuyant sur l'art 231 du Code civil et sur l'art. 306 qui y renvoie :

« Les époux pourront réciproquement demander le divorce (ou la séparation) pour excès, sévices ou *injures graves* de l'un d'eux envers l'autre. »

Le refus de tenir les engagements de la convention constitue-t-il une injure grave ?

« L'injure grave, dit M. Demolombe (t. IV, n° 283), résulte de paroles, d'écrits ou de faits outrageants par lesquels l'un des époux attente à l'honneur et à la considération de l'autre, et témoigne pour lui des sentiments de haine, d'aversion ou de mépris. » Plus brièvement, on pourrait dire, l'injure est une lésion du droit au respect.

Or, nous l'avons démontré, le droit d'éducation est absolu chez le père et inaliénable; il peut ressaisir la moindre parcelle de son autorité, s'il l'a laissée échapper. L'exercice d'un droit aussi bien établi ne peut pas être considéré comme une injure. En exerçant son droit, tel que la loi l'a déterminé, on ne peut pas léser le droit d'autrui.

C'est ainsi que décide M. Demolombe (t. IV, n° 390), à la fin de sa discussion sur la question célèbre : « Y a-t-il injure grave, pouvant donner ouverture à l'action



en divorce ou en séparation, dans le refus de consentir à la célébration du mariage religieux?» Il ajoute, après avoir énergiquement conclu à la négative: « Il en serait de même dans le cas où le mari refuserait de faire baptiser les enfants. »

Dans le cas même où la promesse est contenue dans le contrat de mariage on ne saurait y retrouver les caractères de l'injure (1). Tout ce que l'on pourrait y voir, comme le fait remarquer M. Laurent (t. III, n° 196), ce sont les caractères du dol. Il y a bien, suivant la définition classique « une ruse, une machination, une manœuvre destinée à tromper quelqu'un » dans cette promesse, sans laquelle le mariage n'aurait jamais été contracté. Mais l'art. 180 est formel : le dol n'est point encore une cause de nullité du mariage, et il ne sera vraisemblablement jamais une cause de divorce ou de séparation.

II. La deuxième question : « Les tribunaux ont-ils le droit d'intervenir, quand le père refuse de se servir de son droit d'éducation pour exécuter les obligations de l'art. 203 ? » n'est pas résolue avec ce calme et cette unanimité. C'est sur elle que les divergences d'interprétation éclatent dans tout leur jour.

Ou bien le refus est absolu : il y a expulsion hors de la famille.

Ou bien il n'est que partiel : l'enfant continue à ha-

(1) Mais l'injure peut résulter de certaines circonstances de fait qui accompagnent l'exercice du droit.

biter le domicile paternel, mais son éducation intellectuelle et morale est absolument négligée. Parfois la négligence est telle que l'enfant vagabonde la majeure partie des jours et des nuits. Cette situation particulière, fréquente dans les populations industrielles, est désignée d'un mot technique : le délaissement.

Pour les deux cas on a d'abord cherché un remède dans l'art. 203 lui-même.

Il n'est guère possible de soutenir en présence des travaux préparatoires (séance du 4 vendémiaire an X, Locré, t. IV) que les rédacteurs du Code civil ont voulu énoncer, dans l'art. 203, un simple devoir de morale. On rencontre parfois dans le Code de ces principes de conduite, que le législateur proclame sans confier au juge le soin de les faire respecter. L'art. 371 est de ce nombre : « l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère. » L'art. 203 n'en est point.

Deux faits le prouvent. D'abord le débat sur la proposition de Maleville qui voulait maintenir l'action en constitution de dot instituée par la loi Julia. La discussion porte évidemment sur le caractère obligatoire de ce devoir moral, que personne ne contestait comme devoir moral. Or, comment les conseillers d'Etat s'exprimaient-ils, quand ils voulaient affirmer ou nier la nécessité d'armer cette obligation d'une action spéciale? Les partisans de la loi Julia disaient : « Nous voulons étendre les obligations de l'art. 203 » (Paroles de Cambacérès, p. 384), et ses adversaires faisaient insérer dans

l'art. 204, *exception* à l'art. 203 : « L'enfant n'a pas d'action contre ses père et mère pour un établissement par mariage ou autrement. » L'enfant n'a pas d'action ! On ne saurait mieux dire qu'en règle générale, il en a une.

Le deuxième fait n'est pas moins significatif. Le devoir d'éducation comprend deux obligations distinctes : l'une, c'est l'obligation aux aliments ; l'autre, c'est l'obligation de veiller au développement physique, intellectuel et moral de l'enfant. Or, l'obligation alimentaire a toujours été considérée par les rédacteurs du Code comme étant munie d'action. L'obligation alimentaire au profit des enfants est consacrée par deux articles : avant la majorité par l'art. 203, après la majorité par l'art 207. Après la majorité, elle est sanctionnée légalement. On ne comprendrait pas pourquoi elle ne le serait pas à vingt-un ans moins un jour, tandis qu'elle l'est à vingt-un ans et un jour. Ce serait d'autant plus bizarre, que tandis que le principe du droit aux aliments a été très fortement contesté au Conseil d'Etat, en faveur de l'enfant majeur, son droit a été unanimement admis pendant la minorité. « Un père ne doit pas d'aliments à son fils majeur, disait le conseiller Boulay ; il n'est tenu que d'entretenir et d'élever ses enfants. » Cette obligation ainsi réduite « au premier âge (Réal) », était si bien sanctionnée que le consul Cambacérès disait textuellement : « On

m'objecte que l'action de la loi Julia obligera le père à rendre public son bilan; une telle objection tournerait contre l'obligation de fournir des aliments, puisque pour y contraindre le père, il faudra aussi prendre connaissance de sa fortune. » Le droit aux aliments en faveur du mineur est donc légalement protégé, et du moment que l'une des deux obligations de l'art. 203 est munie d'action, l'autre lui est trop intimement liée pour n'avoir pas le même sort.

Maintenant, qui exercera l'action ?

Là est la difficulté. Il faut avouer que le législateur ne l'a pas dit et que bien plus il a l'air de supposer qu'elle ne sera pas exercée.

Lorsque le premier Consul insista vivement sur l'avantage que l'on aurait à conserver la loi Julia, Tronchet proposa deux amendements qui montrent bien l'esprit de la majorité du Conseil d'Etat au sujet des procès entre enfants et parents : 1° Un conseil de famille décidera s'il y a lieu à intenter l'action. 2° Il la dirigera : « Il est inconvenant d'autoriser une fille à actionner directement son père » (Locré, t. IV, p. 384).

Aussi comprend-on l'hésitation des interprètes les plus hardis, Zachariæ (t. III, p. 688), Demante (éd. 1849, p. 401, n° 285 *bis*), Demolombe (t. IV, n° 9) ; ils accordent l'action, mais dans les cas les plus graves. Que signifient toutes ces précautions ? Ou bien quelqu'un a le droit de l'exercer, et alors il peut le faire dans tous les cas ; ou bien personne n'a le droit de

l'exercer, et alors peu importe le plus ou moins de gravité des circonstances.

Qui agira? 1° La mère d'abord, nous dit M. Demolombe (*ibidem*). N'est-ce pas envers elle que l'obligation a été contractée (art. 203)? « Les époux contractent ensemble. » Elle est créancière, donc elle peut agir. Elle pourrait agir pour elle-même (art. 214). N'est-ce pas agir pour elle-même qu'agir pour ses enfants? D'ailleurs elle est le subrogé-tuteur naturel (420) placé auprès du père pour contrôler l'exercice de la puissance paternelle, qu'elle partage avec lui (372). La loi suppose à chaque instant que cette obligation est remplie par le père, en cas de communauté (art. 1409-5°), en cas d'exclusion de la communauté (1530), de régime dotal (1540), de séparation de biens (1448). Elle n'a point entendu en abandonner l'obligation au bon vouloir du père. — 2° Supposons, par impossible, que la mère, entrant dans les vues du père, s'associe à son indifférence et à son manque de cœur, le conseil de famille pourra se réunir; le juge de paix pourra le convoquer d'office (406 et 444 C. c., 883 C. pr.). « Sans doute, ajoute l'éminent jurisconsulte, le droit d'éducation, et, par suite, le choix du genre d'instruction et de la profession à venir de l'enfant, appartient en général souverainement aux père et mère, souverainement, je le dis moi-même, mais non pas toutefois aveuglément et quand même. » M. Demolombe ne parle pas de l'intervention, qui semblerait naturelle, du

ministère public (Dalloz, V. *Mariage*, n° 608). Pothier l'admettait (*Contrat de mariage*, n° 384), et avec lui l'ancien droit. M. Demante comble cette lacune : « par analogie, dit-il, avec les art. 267 et 302. » Ces articles, on s'en souvient, règlent, le premier, les mesures provisoires auxquelles peuvent donner lieu les demandes en divorce, et, le deuxième, les effets mêmes du divorce. Il aurait pu invoquer l'art. 46 de la loi du 20 avril 1810, qui donne au procureur de la République le droit « de poursuivre d'office l'exécution des lois dans les dispositions qui intéressent l'ordre public. »

On n'a pas eu de peine à démontrer, et M. le professeur Laurent l'a fait mieux que personne, que les illustres interprètes, dont nous venons de parler, se sont laissés emporter par leur générosité et ont servi au public, sous couleur d'interprétation, une législation de leur manière. La vérité c'est que le Code, après avoir créé l'action, n'a permis à personne de la mettre en œuvre.

L'enfant ne le pourra pas. Il n'a pas l'exercice des droits civils, pour lesquels il a besoin d'un représentant (art. 450).

Mais la mère ne peut pas jouer ce rôle. En vain nous dit-on qu'elle est créancière. On peut répondre, avec M. Baudry-Lacantinerie (*Précis*, t. I, n° 561, éd. 1882), que « contracter ensemble » signifie non pas l'un vis-à-vis de l'autre, mais l'un et l'autre vis-à-vis des enfants. Il est faux de dire qu'elle peut agir



comme subrogé-tuteur, qu'elle peut agir pour ses enfants puisqu'elle peut agir pour elle-même. C'est en contradiction formelle avec l'art. 373 : « Le père exerce seul l'autorité (paternelle) durant le mariage », ce qui signifie bien : 1° qu'il est seul et n'a point de surveillant ; 2° qu'il peut seul représenter ses enfants. Quant à convoquer le conseil de famille, ou à le laisser se réunir, c'est une prétention inadmissible. La convocation du conseil de famille est incompatible avec l'existence du mariage. En effet, c'est un élément constitutif de la tutelle (405 et suiv.), et la tutelle ne s'ouvre qu'à la dissolution du mariage par la mort de l'un des époux (390). Reste le ministère public. Le texte de la loi du 20 avril 1816 lui donne le droit de faire exécuter les dispositions qui intéressent l'ordre public, et non pas de les violer. Il les violerait s'il intervenait pour limiter la puissance paternelle dont l'organisation est au premier chef d'ordre public.

Notre conclusion est donc que l'action de l'art. 203 existe bien, mais que personne ne peut l'exercer. Si, par suite du jeu des circonstances, il se trouve un représentant de l'enfant autre que le père et pouvant légalement agir contre le père, il pourra la ramasser et s'en servir. C'est ce que nous verrons plus loin.

*Mode d'agir dans un cas particulier.* — Supposons que la mère veuille forcer le père à exécuter les obligations de l'art. 203. Pourra-t-elle se servir de la voie de la séparation de corps ou du divorce, à fin de voir

prendre les mesures protectrices des art. 267 et 302 ? C'est une question qui s'est déjà présentée dans un cas analogue. La cause invoquée est la même : l'injure grave des art. 231 et 306. Notre conclusion sera identique. Nos motifs changeront cependant un peu. Le père en effet, dans cette nouvelle hypothèse, n'exerce pas un droit. Il viole un droit, au contraire, formellement proclamé dans l'art. 203. Seulement, à qui appartient ce droit ? A l'enfant, et non à la mère. Une lésion au droit de l'enfant ne peut pas être regardée comme une lésion au droit de la mère. Les deux personnalités juridiques sont absolument distinctes : et toute question de sentiment mise à part, il n'y a pas répercussion de l'une sur l'autre, pas plus qu'il n'y a représentation de l'une par l'autre.

Les tentatives faites pour vivifier l'action de l'article 203 n'ont donc pas été heureuses. Quatre de nos lois ont permis de faire produire quelques effets au droit de l'enfant à l'éducation : le décret du 19 janvier 1811, aidé des art. 300-302 et 349-50-51-53 du Code pénal; l'art. 66 du même Code; l'art. 3 de la loi du 22 février 1851 sur l'apprentissage; la loi du 28 mars 1882.

α. *Décret du 19 janvier 1811.* — Celui qui voudrait se débarrasser des obligations de l'art. 203 en tuant son enfant tomberait sous le coup des art. 300-302 du Code pénal. Les art. 349-50-51-52-53 punissent les différentes catégories d'exposition. Mais les pénalités sont insuffisantes. L'Etat a dû se substituer aux parents.

Le décret du 19 janvier 1811 a organisé le service des enfants assistés. Lorsque l'enfant (1) est abandonné en pleine rue, remis aux hospices (art. 2), ou que ses auteurs ont disparu (art. 5), l'administration acquiert sur lui, *ipso facto*, un droit de tutelle, ou pour parler comme Regnault de Saint-Jean d'Angély (rapport au Corps législatif sur la loi du 15 pluviôse an XIII) (2), « un droit de paternité sociale qui a toute la puissance de la paternité naturelle. » — « La situation est bien claire, dit M. Lallemand, l'enfant une fois immatriculé n'a plus de famille ; la commission administrative possède à son égard les droits attribués aux pères et mères par le Code civil. »

Ce qui est bien moins clair, c'est le droit de réclamation dont parle l'art. 21 du décret de 1811 : « Il n'est rien changé, dit l'article, aux règles relatives à la reconnaissance et à la réclamation des enfants trouvés et des enfants abandonnés ; mais avant d'exercer aucun droit, les parents devront, s'ils en ont les moyens, rembourser toutes les dépenses faites par l'administration des hospices... » Exercer un droit ! si la puissance paternelle disparaît au moment où naît le droit de tutelle, il ne saurait plus être question d'un droit, mais d'une grâce. Or l'article est formel, il parle d'un droit. Il n'y aurait donc pas, d'après l'article, un anéantis-

(1) De moins de douze ans. Circulaire Corbière, 1823.

(2) V. Lallemand, *Histoire des enfants abandonnés et délaissés*, p. 295.

ment véritable de la puissance paternelle ; elle pourrait revivre, mais à quelles conditions ? Payer les frais ne suffit pas. Il faut qu'elle offre certaines garanties. On a dit : l'art. 21 porte que l'Etat ne peut perdre en aucun cas ses droits sur l'enfant dont il a disposé. La morale ne peut pas non plus perdre les siens. Qui sera juge de la moralité des parents ? L'administration exerce ici une souveraineté de fait que le peu de netteté du texte ne nous permet pas de lui reconnaître en droit. Il y aurait donc là un nouveau cas de contrôle de la justice, bien préférable au contrôle des fonctionnaires. C'est elle qui accorderait avec l'intérêt de l'enfant le respect de ces deux paternités qui se trouvent en présence : la paternité naturelle et la paternité sociale.

β. *Art. 66 du Code pénal.* — Nous savons dans quels cas il est applicable ; nous l'avons déjà vu fonctionner en étudiant le droit de correction. Cette dépossession judiciaire du droit d'éducation n'est en réalité qu'une suspension, et non une déchéance. « L'enfant pourra être détenu pendant tel nombre d'années que le jugement déterminera et qui, toutefois, ne pourra excéder l'époque où il aura accompli sa vingtième année. « Entre vingt ans et vingt et un, le droit d'éducation du père reprend toute sa force, et peut librement recommencer en un sens un peu différent l'œuvre de l'éducation correctionnelle. Il est certain que, puisque

le principe de la puissance paternelle est entamé, on aurait pu rompre d'une façon un peu plus complète le lien qui rattache l'enfant à une famille aussi peu recommandable. Le motif des scrupules du législateur échappe; il est très probable qu'il n'y a eu de sa part qu'un moment d'inattention.

γ. *Art. 3 de la loi du 22 février 1851 sur l'apprentissage.* — Il est ainsi conçu : « L'acte d'apprentissage comprendra :... 3° Les noms, prénoms, professions et domicile des père et mère (de l'apprenti), de son tuteur, ou de la personne autorisée par les parents, et à leur défaut par le juge de paix. » Ces personnes autorisées sont, on l'a parfaitement reconnu lors de la discussion, les associations charitables qui s'occupent de placer les jeunes apprentis. Qu'un père de famille autorise une de ces associations à conclure directement le contrat d'apprentissage, rien de plus simple. Mais qu'est-ce que cette intervention du juge de paix? Voici comment en parlait (séance du 22 février 1851, *Mon.*, 23). M. de Riancey (de la Sarthe). « Quant à moi, — l'orateur répondait à un discours de M. Madier-Montjau, — je crois bien davantage à l'intelligence des parents... J'ajoute que ce n'est pas cela seulement à quoi la loi s'est attachée. Il s'agit de mineurs. Eh bien ! à ces mineurs on a donné une tutelle, et on l'a prise jusque dans la magistrature elle-même. Lorsque l'enfant peut se trouver abandonné et loin de sa famille, lorsque le père lui-même peut avoir quelque crainte, quelque

défiance à cause de son dénûment et de sa misère, vous avez inséré ou plutôt nous proposons d'insérer dans un article déjà voté en deuxième lecture, que le juge de paix, à défaut de sa famille, peut venir assister et aider aux stipulations. » L'intervention peut donc n'être qu'une simple assistance; elle peut aussi se transformer et suppléer à l'autorité paternelle. Mais il n'y a que *suppléance*, et rien de plus. Une assemblée aussi essentiellement conservatrice que celle de 1851 ne pouvait permettre autre chose. Le père pourra toujours exercer son droit de garde et réclamer l'enfant, droit qu'il aurait conservé s'il avait signé lui-même le contrat (art. 6). Seulement, dans ce cas, il aurait dû payer des dommages-intérêts pour inexécution des conventions; il ne les devra pas, dans le cas qui nous occupe, car il n'a pas été partie au contrat. Ce sera l'association charitable qui payera (1). On voit que l'innovation n'est pas dangereuse. Elle permet d'exécuter, en cas d'inaction du père, l'une des obligations de l'art. 203, sans toucher à aucun des droits de la puissance paternelle.

ε. *Loi du 28 mars 1882.* — Les trois lois précédentes procèdent par voie de substitution plus ou moins énergique. Voici une loi qui a préféré la sanction pénale. N'a-t-elle pas une originalité de plus et ne pose-t-

(1) Elle pourrait se faire indemniser par le père au moyen de l'action en gestion d'affaires.



elle pas le principe d'une obligation nouvelle au lieu d'assurer simplement l'exécution des obligations de l'art. 203 ? Cela équivaut à se demander si le mot élever de l'article comprend l'instruction primaire. En 1875, M. Glasson dans ses *Éléments de Droit français* (n° 72) se déclarait pour l'affirmative : c'est aussi notre avis. En effet, qu'est-ce que « élever son enfant ? » C'est former son cœur et son intelligence de manière qu'il puisse livrer à son avantage le combat de la vie. L'instruction primaire contribue-t-elle au développement moral ? Cela est peu sûr : aussi nous n'insistons pas. Mais le développement intellectuel ? Elle a sur lui une action indiscutable, non pas qu'elle rectifie beaucoup le jugement ; elle fortifie l'intelligence sans la redresser. Quoi qu'il en soit, l'illettré est aujourd'hui un inférieur. — Donc, instruire, doit être lu entre les lignes de l'art. 203 et le Code de 1804 est le premier auteur de l'instruction *civilement* obligatoire.

Maintenant autre chose est de sanctionner *pénalement* cette obligation civile. Pourquoi tirer du milieu des obligations de l'art. 203 précisément celle qui y est la moins apparente et en imposer le respect par l'amende et la prison ?

Essayons de comprendre sur ce point la théorie de la loi.

Les discussions passionnées et par conséquent confuses qui se sont élevées sur la question de l'instruc-

tion obligatoire nécessitent de notre part deux observations sur le sens exact du mot obligation.

Pour être précis, ce n'est pas obligation, mais obligation sanctionnée pénalement qu'il faut dire. On a sans cesse opposé au cours des débats parlementaires l'obligation sans épithète au devoir moral. L'obligation devait résulter de la loi nouvelle; le devoir moral seul semblait être reconnu par les lois anciennes. Au point de vue pratique, c'était exact, vu l'inefficacité habituelle de l'action que contient l'art. 203. Mais c'était un à peu près; car l'obligation civile existait déjà.

En second lieu, quand on parle d'obligation, on entend la nécessité de faire instruire l'enfant et pas autre chose. Il ne s'agit pas d'imposer tel ou tel genre d'instruction. On suppose jusqu'à nouvel ordre que le père est absolument libre de choisir les maîtres et les programmes: « Nous n'avons pas besoin de faire remarquer, disait l'Exposé des motifs du projet de loi gouvernemental (n° 15 févr. 1880, *J. Off.*, p. 1775) que le texte du projet n'impose d'autre obligation que celle d'instruire les enfants, laissant aux parents le soin de donner ou de faire donner, soit dans la famille, soit dans une école publique ou libre, l'instruction à leurs enfants sous la forme et suivant le mode qui leur conviendraient. » Cette remarque est indispensable pour bien séparer la question d'obligation de la question de laïcité dont on l'embarrasse ordinairement.

L'expression d'obligation est donc bien comprise. Nous pouvons rechercher les raisons qu'on fait valoir en faveur de la mesure en elle-même.

L'intérêt social et l'intérêt de l'enfant, disait le rapporteur de la loi, l'honorable M. Paul Bert (*J. Offic.*, 5 déc. 1880, p. 11942), sont d'accord pour l'imposer. « La richesse sociale augmente avec l'instruction, la criminalité diminue avec l'instruction; un homme ignorant non seulement est frappé d'infériorité personnelle, mais il devient ou peut devenir pour la société une charge et un danger. » Voilà déjà trois biens assurément fort désirables : la puissance productrice de la nation accrue, les instincts pervers refoulés, et même le paupérisme arrêté dans sa marche ascendante. On peut encore découvrir de nouveaux avantages dans la réforme proposée. « Dans une société démocratique, écrivait M. Cherbuliez (*Revue des Deux-Mondes*, 1<sup>er</sup> avril 1882), où tout le monde est électeur et exerce sa part de souveraineté, il est naturel et souhaitable que tout le monde sache lire, écrire, compter et apprenne même quelque chose de plus. » Voilà une raison de politique intérieure. Il en est d'autres empruntées à des considérations internationales. L'instruction obligatoire n'est-elle pas le meilleur moyen de répandre la langue française dans les provinces reculées ou même dans les provinces frontières qui ont conservé un idiôme particu-

lier, et de compléter ainsi l'œuvre d'unification nationale ?

Ce n'est pas tout. L'intérêt de l'enfant est en jeu. N'a-t-il pas droit, en tant que personne humaine, au développement de sa personnalité ? Son développement moral ne sera atteint que par une instruction libéralement accordée. Le principe de tous les vices, c'est l'ignorance.

Donc — cela est bien établi — l'instruction est le moteur tout-puissant qui peut seul emporter l'activité humaine vers la réalisation de ses désirs de progrès. Que reste-t-il à faire dès lors ? Examiner si la statistique reconnaît dans l'initiative libre et spontanée une force suffisante pour répandre la bonne semence de l'instruction — le rapporteur en exposa consciencieusement les conclusions générales — et dans le cas où la réponse serait peu favorable, imposer énergiquement la contrainte pénale à ceux que la persuasion ne convertit pas.

Ce fut la conclusion de l'honorable M. Paul Bert. Elle était bien conforme à la théorie de Stuart-Mill. « Lorsqu'il est bien constaté que des père et mère doivent faire ou supporter quelque chose dans l'intérêt de leurs enfants, la loi est autorisée à les contraindre, si elle le peut, et en général elle le doit. » Le rapporteur ne cita pas Stuart-Mill qu'il connaissait incontestablement. Il se contenta de montrer que le droit du père avait déjà reçu assez d'atteintes pour légitimer une

atteinte nouvelle. Le père n'était-il pas poursuivi en cas de brutalités exercées sur ses enfants? N'était-il pas obligé de leur laisser à sa mort une portion de sa fortune? Enfin, l'État, par le service militaire, ne venait-il pas lui prendre ses fils?

Ce raisonnement, qui entraîna le vote de nos deux Assemblées, aboutit à la loi du 28 mars 1882, dont nous allons analyser rapidement les dispositions. La sanction de l'obligation est confiée à la commission scolaire et au tribunal de simple police. La commission scolaire est une création de la loi.

Quinze jours avant la rentrée des classes (art. 7), le père, la mère, le tuteur ou le patron de tout enfant âgé de six ans révolus à treize ans révolus doit déclarer s'il lui fait donner l'instruction à domicile ou dans une école. A défaut de déclaration, le maire désigne l'école publique où l'enfant sera placé. Si l'enfant quitte l'école, une déclaration analogue doit être faite (art. 9). Voilà les mesures préventives. Mais l'enfant peut manquer un certain nombre de fois aux cours de l'école « sans justification admise par la commission scolaire » (art. 12). Alors premier moyen répressif (1). Il consiste dans une sorte de réprimande solennelle : « Le père comparaitra dans la salle des actes de la mairie devant ladite commission, qui lui rappellera le

(1) Pour la Cour de cass. (15 novembre 1884), la comparution du père et l'affichage ne constituent pas des pénalités.

texte de la loi, et lui expliquera son devoir. En cas de non comparution, sans justification admise, la commission appliquera la peine énoncée dans l'article suivant. » Une autre peine est, en effet, réservée à la récidive (art. 13) — au moins à la récidive dans un certain délai (douze mois) — c'est l'inscription pendant quinze jours ou un mois, à la porte de la mairie, des noms, prénoms et qualités de la personne responsable, avec indication du fait relevé contre elle. « La même peine sera appliquée aux parents qui n'auront pas obtempéré aux prescriptions de l'art. 9. »

Une nouvelle récidive peut être commise : l'amende et la prison vont apparaître, la prison, dont le nom seul faisait protester les partisans de l'obligation — lorsque la discussion commença. « En cas de nouvelle récidive, la commission scolaire, ou à son défaut l'inspecteur primaire, devra adresser une plainte au juge de paix » (art. 14). L'infraction sera punie par les art. 479, 480 et suivants du Code pénal, c'est-à-dire qu'elle est classée parmi les contraventions. L'art. 463 est applicable.

Dans un cas spécial, lorsque l'enfant reçoit l'enseignement au foyer domestique, la loi a dépassé le but qu'on avait semblé tout d'abord lui fixer. « Les enfants qui reçoivent l'instruction dans la famille, dit l'art. 16, doivent chaque année, à partir de la seconde année d'instruction obligatoire, subir un examen qui portera sur les matières de l'enseignement correspon-



dant à leur âge dans les écoles publiques ». Ce n'est pas là l'obligation toute seule. C'est quelque chose de plus. Le père n'a pas la liberté de choisir entre les méthodes instructives... « Si l'enseignement est insuffisant, les parents sont mis en demeure d'envoyer leur enfant dans une école publique ou privée. Sinon, il y a inscription d'office à l'école publique. » Si Rousseau avait commencé l'éducation du jeune Emile en 1882, il aurait dû l'interrompre (1). Il est regrettable que la loi ait manifesté si peu de complaisance pour des expériences qui peuvent conduire après tout au perfectionnement des usages actuellement pratiqués. L'Etat et l'Eglise dans la lutte qu'ils ont engagée pour la direction des jeunes intelligences ont l'air d'oublier parfois, qu'en matière d'enseignement ils ne sont que des délégués, des mandataires; quelque parfaits que soient les établissements d'éducation, la famille restera toujours la meilleure des écoles laïques, et aussi, comme le disait le grand évêque Fénelon, le meilleur des couvents.

L'art. 16, d'ailleurs, n'est pas le seul point de la loi qui donne prise à la critique. Est-on bien sûr qu'il soit si salulaire d'ériger en dogme, comme on le fait, le principe de l'instruction obligatoire? Il y a certains arguments que l'on donne comme empreints de toutes

(1) Ce passage était écrit lorsque nous avons trouvé la même idée développée d'une manière charmante dans l'article déjà cité de M. Cherbuliez.

les marques de l'évidence, et devant lesquels nous sommes toujours resté, bien malgré nous, indifférent. Le développement de la moralité par l'instruction est de ce nombre. Nous n'aurons pas cependant l'audace de nous attaquer à une vérité aussi redoutable. On reprocherait sans doute à notre plume d'être trop jeune, et à nos arguments d'être trop vieux. Il vaut mieux laisser la parole à une autorité scientifique devant laquelle l'Europe s'incline, et dont la verve vigoureuse a rajeuni, sur ce point, la thèse traditionnelle, M. Herbert Spencer. Bien des partisans de l'instruction obligatoire ignorent qu'ils ont été excommuniés par le prêtre le plus ardent du dieu Progrès, que leurs idées ont été traitées par lui de *superstition* et rejetées comme insoutenables au point de vue de la logique et de l'observation. « Etant tous nourris de certaines erreurs de statistique, — dit-il, *Introduction à la science sociale*, p. 387, — ils se sont persuadés que l'éducation de l'État réprimerait les mauvais instincts. Ils sont souvent tombés dans les journaux sur des comparaisons entre le nombre des criminels sachant lire et écrire et celui des criminels illettrés; voyant que le nombre des illettrés l'emporte de beaucoup sur celui des autres, ils admettent la conclusion que l'ignorance est la cause du crime. Il ne leur vient pas à l'esprit de se demander si d'autres statistiques, établies d'après le même système, ne prouveraient pas, d'une façon tout aussi concluante, que le crime

est causé par l'absence d'ablution ou de linge propre, ou par la mauvaise ventilation des logements, ou par le défaut de chambres à coucher séparées. Entrez dans une prison quelconque et demandez combien de prisonniers avaient l'habitude de se baigner le matin, vous trouverez que la criminalité va habituellement de pair avec la saleté de la peau....» Ce que l'observation apprend, c'est « qu'il existe une relation réelle entre le crime et un genre de vie inférieure; que celui-ci est ordinairement la conséquence d'une infériorité originelle de nature; enfin, que l'ignorance n'est qu'un concomitant, qui n'est pas plus que tous les autres, la cause du crime. »

De plus « la confiance dans les effets moralisateurs de la culture intellectuelle, que les faits contredisent si catégoriquement, est du reste absurde *a priori*. Quel rapport peut-il y avoir entre apprendre que certains groupes de signes représentent certains mots et acquérir un sentiment plus élevé du devoir? Comment se fait-il que la facilité à former des signes représentant des sons puisse fortifier la volonté de bien faire? Comment la connaissance de la table de multiplication ou de la pratique des additions et des divisions peuvent-elles développer des sentiments de sympathie au point de repousser la tendance à nuire au prochain? Comment les dictées d'orthographe et l'analyse grammaticale peuvent-elles développer le sentiment de la justice, pourquoi enfin des accumulations

de renseignements géographiques amassés avec persévérance accroîtraient-elles le respect de la vérité? Il n'y a guère plus de relations entre ces causes et ces effets, qu'avec la gymnastique qui exerce les doigts et fortifie les jambes. Celui qui espérerait enseigner la géométrie en donnant des leçons de latin ou qui en dessinant croirait apprendre à jouer du piano, serait jugé bon à mettre dans une maison de fous; il ne serait pourtant guère plus déraisonnable que ceux qui comptent produire des sentiments meilleurs au moyen d'une discipline des facultés intellectuelles. »

Mais, diront quelques-uns, il ne s'agit pas seulement de l'enseignement en général, mais aussi de l'enseignement moral. A quoi M. Herbert Spencer répond : « Nous avons déjà expliqué les raisons pour lesquelles ces espérances sont également chimériques. Elles partent du principe que l'action d'accepter par l'intelligence certains préceptes de morale produit l'obéissance à ces préceptes... Une habitude morale ne s'acquiert, au contraire, que par l'action fréquente, déterminée par le sentiment correspondant. »

C'est là une tendance absolument contraire à toute élévation vers un état supérieur. « Nous ne nous élèverons pas, s'écrie l'auteur (*Pr. de Sociologie*, 1879, p. 400, chap. xii. *Passé et avenir de la famille*) en imitant, même en partie, les Mexicains sanguinaires, dont les enfants, à l'âge de quatre ans ou quelquefois plus tard, étaient remis aux mains des prêtres qui

devaient les élever. Nous n'améliorerons pas les sentiments de la famille en admettant les institutions des Cafres Koussas chez qui tous les enfants au-dessus de dix ou onze ans sont instruits publiquement sous l'œil d'un chef. Cette dernière des affections domestiques, (amour des enfants pour leurs parents), ne se développera pas si nous rétrogradons vers des coutumes semblables à celles des Audamènes, et si nous changeons, aussitôt que possible, l'enfant de la famille en enfant de la tribu. »

On se sent un peu ébranlé après la lecture de cet admirable développement. On est moins prêt à s'écrier avec Danton : « Il est temps de rétablir ce grand principe que les enfants appartiennent à la République avant d'appartenir à leurs parents ». Les dangers de l'obligation, jusque-là cachés sous l'impérieuse nécessité du progrès social, apparaissent et accroissent encore le doute. L'obéissance ne diminuera-t-elle pas chez les enfants? Le respect, cette vertu dont les peuples ne peuvent se passer, ne souffrira-t-il pas de cette introduction de l'État dans les familles? On ne peut pas servir deux maîtres. Lorsqu'il se sentira deux maîtres, l'État et son père, il est à craindre que l'enfant ne se montre fort indépendant vis-à-vis de son père et vis-à-vis de l'État. La diffusion de l'instruction primaire paraît en outre, quelque soin que l'on mette à la rédaction des programmes, pousser à l'émigration des campagnes vers les villes; elle donne à la partie la plus intel-

ligente de la jeunesse, à l'élite de la nation, un goût exagéré pour les professions libérales. L'enquête de M. Gréard (1) nous a montré que l'état d'institutrice exerçait une séduction toute particulière sur l'esprit des jeunes filles des écoles parisiennes. C'est une tendance fâcheuse qui promet de compliquer la question sociale, bien loin de la simplifier.

Le bien et le mal se font équilibre. Il faut donc s'en tenir au « laisser-faire, laisser-passer ». La grande vérité économique n'a jamais été plus vraie qu'en cette matière. Soyons de l'école de Manchester et de l'avis des Chambres françaises qui se sont successivement prononcées contre l'obligation (2). Les bonnes coutumes se forment d'elles-mêmes sous l'impulsion de l'intérêt. Le désir d'instruction croissant en France aurait bien vite réduit à rien cette minorité toujours lente à se décider devant les résolutions nouvelles : « Ceux qui méprisent la science tesmoignent assez leur bêtise », a dit notre Montaigne. Ils n'auraient pas tardé à s'en apercevoir, et l'on serait arrivé à ce résultat que, toute illusion mise à part, nous croyons désirable, sans secousse, sans révolution, sans répression pénale. Si le sentiment de l'intérêt individuel n'avait pas suffi, on

(1) Rapport sur l'enseignement primaire dans le département de la Seine à l'exposition universelle de 1878.

(2) V. Balbie, *Droit public et administratif*, t. II. Historique des diverses propositions faites dans le sens de l'obligation depuis 1830. (*De la liberté de l'enseignement.*)



aurait pu avoir recours à des contraintes indirectes qui, laissant intact le principe de l'indépendance du père, seraient arrivées au but désiré par une voie détournée. La loi du 19 mai 1874 avait été rédigée dans ce sens : « Nul enfant, ayant moins de douze ans révolus, dit l'art. 8, ne peut être employé par un patron qu'autant que ses parents ou tuteur justifient qu'il fréquente actuellement une école publique ou privée ». La population ouvrière de la grande industrie pouvait se passer de la loi de 1882. Un simple article additionnel à la loi militaire, augmentant de deux ans le service pour les illettrés, aurait fait regorger d'élèves les écoles de toutes les campagnes françaises. On n'avait pas besoin d'emprunter des arguments aux *théories individualistes*. Ce sont les maladroits qui tranchent, les habiles se contentent de dénouer.

III. La troisième question sur le droit d'éducation est, on s'en souvient, la suivante : Les tribunaux ont-ils le droit d'intervenir pour remédier à l'exécution défectueuse des obligations de l'art. 203 ?

On concevrait *a priori* deux manières d'assurer la bonne exécution de l'art. 203. D'abord, on pourrait régler en détail les devoirs du père de famille idéal ; une surveillance constante serait organisée et les tribunaux répressifs interviendraient lorsque le règlement serait violé. Ensuite, ce qui serait plus simple et plus expéditif, la justice pourrait être armée du pouvoir de priver le père du droit d'éducation sur la dé-

nonciation de certaines personnes désignées ou de toute personne.

Les deux procédés sont employés dans nos lois : le premier, lorsque le père a délégué son autorité à un tiers, nourrice, instituteur ou patron ; le second, lorsque les abus viennent directement du père, et seulement dans deux cas exceptionnels (art. 335, C. p.; L. 7 déc. 1874). Toutefois, la règle n'est pas absolue. La déchéance peut résulter du seul fait d'avoir confié ses enfants à une certaine catégorie de personnes (L. 7 déc. 1874), et la réglementation atteint le père s'il est en même temps patron.

α. I. *Réglementation du droit d'éducation lorsqu'il a été délégué à un tiers.*—C'est l'objet des lois du 23 décembre 1874 sur la protection des enfants du premier âge, de toutes les lois sur l'enseignement primaire, secondaire ou supérieur (lois du 28 mars 1882 et du 30 octobre 1886, du 15 mars 1850, du 12 juillet 1875), des lois du 28 mai 1851 sur le contrat d'apprentissage, du 19 mai 1874 sur le travail des enfants dans l'industrie, du 7 décembre 1874 sur la protection des enfants employés dans les professions ambulantes.

En créant son système d'inspections et de pénalités, le législateur a usé d'un droit qui ne peut lui être contesté : c'est le droit de surveiller les industries qui peuvent devenir dangereuses ; de plus, il est de son devoir d'obliger le tiers à exécuter loyalement l'obligation qu'il a prise envers le père ; il doit réprimer le

manque de parole, comme il réprime la vente à faux poids ou la vente de marchandises falsifiées. Tant qu'il reste dans cette limite, il exerce une de ses fonctions nécessaires. Il peut aussi, bien qu'ici l'exagération soit à craindre, défendre au tiers d'exercer en entier l'autorité que le père lui a remise. C'est un contrôle détourné, sans doute, mais enfin les caractères de l'intervention entre le père et l'enfant s'y effacent et disparaissent à peu près. On punit le père, mais sur le dos du patron. La dignité de la puissance paternelle est sauvée, cela nous suffit.

La loi du 23 décembre 1874 sur la protection des enfants du premier âge, et en particulier des nourrissons, porte aussi le nom de loi Roussel. M. le sénateur Roussel est l'inspirateur d'un vaste système législatif que nous étudierons plus tard, sur la répression des négligences et des abus de l'autorité paternelle. Il est certain que ces négligences et ces abus se développent de plus en plus dans les milieux désorganisés de nos grands centres industriels. Ainsi, en ce qui concerne les nourrices, on était arrivé à remplacer l'infanticide légal de la Rome antique par des envois en apparence fort décents chez d'honorables entrepreneuses de la banlieue de Paris (1). Une réforme était urgente. Il fallait réglementer l'industrie nourricière.

(1) V. Lallemand, *Histoire des enfants abandonnés et délaissés*, p. 334.

Malheureusement on a réglementé en même temps le pouvoir paternel, et cela sans aucun profit pratique. Ainsi lisez l'art. 8 et l'art. 9 de la loi : rien n'est plus justifié. Les déclarations exigées des nourrices et les visites auxquelles elles sont soumises ne trouveront point d'adversaire. Mais c'est là toute la loi. Les art. 4 et 7 n'y ajoutent rien dont on ne puisse se passer. L'art. 1<sup>er</sup> est ainsi conçu : « Tout enfant, âgé de moins de deux ans, qui est placé moyennant un salaire, en nourrice, en sevrage ou en garde hors du domicile de ses parents, devient par ce fait l'objet d'une surveillance de l'autorité publique, ayant pour but de protéger sa vie et sa santé. » La formule est peu rassurante (1). Peu importe la formule, pourra-t-on dire, si elle n'annonce que des mesures raisonnables. Sans doute, mais c'est une déclaration de principe et il faut se défier des déclarations de principe. Elle met l'enfant sous la protection immédiate de l'Etat. L'art. 1<sup>er</sup> des fameux projets sur les enfants abandonnés, délaissés et maltraités commence de même : « Est de plein droit sous la protection de l'autorité publique, tout mineur de l'un ou l'autre sexe qui se trouve abandonné, délaissé ou maltraité. »

(1) « La commission a attaché à cette formule un double intérêt. Elle a pensé que dans les lois de cette espèce, l'effet moral ne saurait être dédaigné, et qu'il faut s'en préoccuper presque autant que des moyens de répression » (*Rapport*, 1874, p. 3270).

L'art. 7 n'est pas seulement un principe qui peut devenir dangereux, c'est une mesure plus grave. Le placement en nourrice, en sevrage ou en garde doit être précédé « d'une déclaration à la mairie où l'enfant a été déclaré » (style de l'article). Les peines sont sévères : six jours à six mois d'emprisonnement, 16 à 300 francs d'amende (art. 346, C. P.). Est-ce pour assurer l'exécution de la loi? pas le moins du monde. C'est une manière de prêcher l'allaitement maternel : « La commission a voulu que par l'obligation de déclarer à la mairie tout placement en nourrice, il ne soit plus possible à aucune famille d'ignorer *que la séparation de la mère et de son enfant nouveau-né, et la remise de celui-ci à une femme mercenaire, qui l'emporte au loin,* sont considérés comme des actes dont la société s'inquiète, que la loi surveille et dont elle exige la constatation. »

Les lois sur l'enseignement (28 mars 1882; 30 octobre 1886, 15 mars 1850, 12 juillet 1875), rentrent en plein dans notre sujet. La célèbre question de la liberté de l'enseignement est précisément la question de savoir si l'Etat a le droit de réglementer l'éducation de l'enfant, lorsque le père ne pouvant la diriger lui-même la confie à un étranger. Si l'Etat se réserve le monopole de l'enseignement, le droit du père est évidemment violé ; car on ne lui laisse plus que la liberté dérisoire d'instruire lui-même ou de ne pas instruire son enfant. Il n'a plus celle de le faire instruire comme il

l'entend. L'enseignement abandonné à l'initiative privée, voilà l'idéal. Malheureusement l'initiative privée n'a pas en France, au moins jusqu'à présent, la force d'entreprendre une œuvre aussi colossale, et dans les établissements qu'elle a créés, il y a lieu de craindre certaines défaillances, sur lesquelles les pouvoirs sociaux doivent veiller. Le double rôle de l'Etat, en matière d'instruction, a été extrêmement bien défini par le défunt duc de Broglie, à la Chambre des Pairs en 1844 : « Si l'Etat intervient, ce n'est point à titre de souverain, c'est à titre de protecteur et de guide ; il n'intervient qu'à défaut des familles hors d'état pour la plupart de donner aux enfants dans leur propre sein une éducation purement domestique ; il n'intervient que pour suppléer à l'insuffisance des établissements particuliers (1). » D'où les deux conséquences suivantes : l'Etat peut fonder des établissements d'instruction primaire, secondaire, supérieure en cas d'impuissance constatée de l'initiative individuelle ; il peut surveiller les écoles, collèges ou instituts libres, mais sans oublier la distance qui sépare la surveillance de l'inquisition. Il doit, en un mot, laisser agir les deux grandes forces de notre société moderne : la concurrence et la liberté.

La conception actuellement appliquée en France est intermédiaire. On tend à établir de plus en plus l'unité

(1) *Mon.*, 13 avril 1844, p. 925, col. 1.



de l'instruction nationale aux mains de la vaste administration publique, qui s'appelle l'Université. Un avantage paraît en résulter : c'est l'uniformité des doctrines enseignées qui doit entraîner une grande cohésion de sentiments dans les différentes classes sociales et sur tous les points du territoire. Les établissements libres peuvent être fondés sans autorisation. Mais l'Université délivre les diplômes qui permettent de les ouvrir. Elle a aussi juridiction sur eux. Ce sont ses tribunaux qui décident souverainement sur la moralité du maître et sur les conditions matérielles de son installation. Ils s'adjoignent, pour la circonstance, quelques représentants de l'enseignement privé (1). Avec moins d'impartialité et de désintéressement que n'en montre l'Université française actuelle, il y aurait là un grave danger. Juger ses rivaux est une mission délicate. C'est aussi la source de bien des tentations que nous voudrions lui voir épargner. « Si la société a incontestablement le droit de s'assurer que celui qui veut se livrer à l'enseignement est capable et moral », comme le dit M. Serrigny (2); elle a le devoir de donner à ce contrôle, non seulement la réalité, mais encore l'apparence d'un contrôle équitable et bienveillant. A côté des différents conseils de l'Univer-

(1) Pour les attributions contentieuses du conseil supérieur, des conseils académiques et des conseils départementaux (loi 27 fév. 1880 et 26 oct. 1886).

(2) *Droit public des Français*, t. II, p. 346.

sité, les tribunaux répressifs fonctionnent d'ailleurs pour appliquer les nombreuses sanctions de nos lois sur l'enseignement. Il nous est impossible d'entrer sur cette matière dans des développements plus étendus. Elle forme un genre d'études à part dont s'occupent des traités spéciaux, et qu'un aperçu général sur le droit d'éducation est forcément obligé de sacrifier.

L'enfant est arrivé en âge de choisir un état. Si le père signe un contrat d'apprentissage, il se trouve en présence de la loi du 22 février 1851 ; s'il envoie son fils dans un atelier ou une manufacture, la loi du 19 mai 1874 va intervenir, et aussi celle du 7 décembre 1874, s'il a eu la malencontreuse idée de le destiner à une profession ambulante.

Il n'y a rien de plus juste que le principe de la loi du 22 février 1851, et rien de plus conservateur que sa forme. On ne peut s'empêcher d'applaudir à la forme et de se rallier au principe. M. le rapporteur Callet (de la Loire) avait cent fois raison lorsqu'il disait : « Tandis que l'enseignement des sciences et des lettres était assujéti à des règles sévères, à une surveillance ombreuse, à des conditions préventives de toute nature, l'éducation professionnelle était abandonnée à tous les hasards d'une liberté sans limite... Ici, l'Etat reconnaissait le droit des pères de famille, mais il abandonnait le sien ; là, au contraire, il établissait son propre droit à l'exclusion des droits paternels. On avait ainsi, d'une part, le despotisme ; de l'autre, la licence. »

L'identité de raisons en faveur de l'intervention de l'Etat n'est-elle pas évidente ? On intervient donc, et, pour notre part, nous n'y voyons pas un mal extrême : on ne fait que reprendre une tradition, qui, en France, date de saint Louis (1), et qui peut parfaitement s'accorder avec les législations les plus soucieuses du pouvoir paternel. Mais voyez combien la pente est glissante. Le principe admis, voici les exigences les plus impérieuses qui arrivent du côté gauche de l'Assemblée. Le représentant Benoît (du Rhône) veut qu'on s'attaque à l'autorité du père. Pour lui, le contrat d'apprentissage doit être conclu aux conditions déterminées par le conseil des prud'hommes. C'est bel et bien le contrôle de la justice et de la justice élective. « Entre le patron et l'apprenti qui est mineur, nous dit-il (deuxième délib., séance 3 février 1851. *Mon.*, 4), un tiers doit forcément stipuler ; ce tiers, c'est le père, c'est le tuteur ou toute autre personne responsable du mineur. Je ne veux pas rechercher jusqu'à quel point le père peut vendre le travail de son enfant, louer sa personne pour un certain temps ; je ne veux pas traiter cette question. Je dirai seulement que la société qui tolère ce contrat doit l'entourer de toutes les garanties capables de protéger efficacement les faibles contre ceux qui pensent bénéficier du contrat. » Dans la troi-

(1) Voir le rapport du représentant Callet. *Mon.*, 5 janv. 1851.

sième délibération (séance du 22 février. *Mon.*, 23), il appellera le contrat d'apprentissage tel qu'on l'entend communément, « une spoliation de la liberté humaine, contraire à mes principes comme elle est contraire au droit naturel. » L'orateur, ainsi que M. Madier-Montjau, qui lui succéda à la tribune, ne se faisait pas d'illusion sur les sentiments de l'Assemblée à cet égard. Elle pensait avec le rapporteur qu'il ne fallait pas « substituer au père de famille un étranger. » La loi, dans son art. 3, maintient le droit du père. Elle ne règle que les devoirs entre le maître et l'apprenti, et développe, avec peines à l'appui, toutes les conséquences de ce principe inscrit au début de l'art. 8 : « Le maître doit se conduire envers l'apprenti en bon père de famille. » Elle impose sa conception de la puissance paternelle à ce père de famille par délégation, mais sans oser agir de même, franchement et de face, à l'égard du véritable père (1).

La loi du 19 mai 1874 sur la protection des enfants et filles mineures employés dans l'industrie (2) marque un pas bien plus décisif dans la voie de l'intervention. Mais avant de nous occuper du père, étudions comment la loi a protégé l'enfant contre son patron. La section iv est consacrée à l'instruction primaire. « Nul enfant, ayant moins de douze ans révolus, ne peut être

(1) Voir les *Sanctions*, art. 18, 19, 20.

(2) Commentaire de Nusse et Périn.

employé par un patron qu'autant que ses parents ou tuteur justifient qu'il fréquente actuellement une école publique ou privée » (art. 8). La loi a fait ainsi sur toute une classe sociale l'essai de l'obligation que la loi du 28 mars 1882 a étendue au pays tout entier. Les sections I et V s'occupent de la bonne installation des ateliers, de l'âge où les enfants y sont admis et du nombre d'heures qu'ils peuvent y passer. En principe, l'âge est de douze ans et la journée est de douze heures. Dans certaines industries, l'âge est abaissé à onze ans avec un maximum de six heures ; dans d'autres, il est relevé jusqu'à seize. Il y a aussi, avec certaines distinctions, interdiction du travail de nuit et du travail souterrain. Le « droit au dimanche » est également reconnu. Les pénalités sont énumérées dans les art. 25 à 29. La loi du 19 mai 1874 ouvre la série des lois dites de protection en faveur de l'enfance. Les instigateurs de la campagne, M. le sénateur Roussel à leur tête, l'ont empreinte de leurs deux grandes préoccupations : « préparer des générations fortes de corps et d'intelligence ». M. Godin, le fouriériste convaincu qui a fondé le familistère de Guise, découvrait le plan tout entier lorsqu'il disait (*J. off.*, janvier-février 1873, p. 669) : « Pour relever la France de ses désastres, il faut réformer le moral et le physique, l'état de l'enseignement en même temps que le milieu où l'enfant est élevé ». La loi du 19 mai 1874 offre un raccourci de ce programme : les lois de 1882 et de 1886 déjà votées, et

les lois sur la protection légale de l'enfance que l'on prépare n'ont d'autre but que de le développer.

Les limitations apportées par la loi du 19 mai aux droits du patron sont justes. A ce même point de vue, d'ailleurs, la loi du 7 décembre de la même année (1) sur la protection des enfants employés dans les professions ambulantes n'est pas répréhensible. Punir l'individu (autre que les père et mère) qui « fait exécuter par des enfants de moins de seize ans des tours de force périlleux ou des exercices de dislocation, ne nous paraît pas excéder une juste restriction de la liberté du travail. Etendre la même peine à tout individu, — autre encore que le père et la mère, — à tout saltimbanque, charlatan, directeur de cirque, etc., qui emploie dans ses représentations des enfants âgés de moins de seize ans, n'est-ce pas également fort licite? L'art. 3 de la loi, au moins dans sa première partie, ne comble-t-il pas fort heureusement une lacune du Code pénal? « Quiconque emploiera des enfants âgés de moins de seize ans à la mendicité habituelle, soit ouvertement, soit sous l'apparence d'une profession, sera considéré comme auteur ou complice du délit de mendicité en réunion prévu par l'art. 276 du Code pénal et sera puni des peines portées audit article ». Les art. 274 et 276, en effet, comme le faisait remarquer le rapporteur, ne

(1) Commentaire de Nusse et Périn.



touchaient « ni le père qui fait mendier ses propres enfants, ni les exploiters qui emploient des enfants à la mendicité sous l'apparence d'un métier ». Soit ; que la justice intervienne pour réprimer les cruautés ou les perversions morales qui se produisent dans ces singuliers ateliers : la liberté du travail peut s'accommoder de ces dérogations. Si la loi du 7 décembre s'était arrêtée là, on pourrait ratifier les paroles que M. le comte de Melun prononça lors de la première délibération : « C'est une loi toute d'humanité, qui ne soulèvera pas les orages que nous venons de traverser, mais qui doit recueillir toutes les sympathies » (*J. off.*, 23 juin 1874, p. 4260).

II. *Cas de déchéance.* — C'est également cette loi qui déclare déchus de la puissance paternelle et destitués de la tutelle les pères, mères, tuteurs qui ont livré soit gratuitement, soit à prix d'argent, leurs enfants ou pupilles aux individus exerçant ces mêmes professions ambulantes, — sans préjudice des peines correctionnelles énoncées dans l'art. 1<sup>er</sup>. Il y a eu cession de la puissance paternelle, en effet. La déchéance n'est que la consécration légale de cette cession. C'est un cas où l'on n'a point besoin de faire un coup d'Etat contre la puissance paternelle. Tout le monde est d'accord : le père pour s'en dépouiller, la société pour l'en trouver peu digne. L'assistance publique et la charité privée ont une excellente occasion d'intervenir et de profiter de cette renonciation volontaire qu'il suffit de

régulariser. Les termes de l'art. 2 devraient être modifiés, mais le principe doit rester intact.

β. Nous arrivons à l'hypothèse où le père exerce lui-même les attributs de son pouvoir. Plus de délégation, plus d'intermédiaire entre lui et son enfant. Nous allons chercher ce que les lois disent, nous examinerons ensuite ce qu'on a voulu leur faire dire.

Or, elles ont formellement prévu deux cas de réglementation, deux cas de déchéance.

I. *Cas de réglementation.* — Lors de la discussion de la loi du 19 mai 1874, la puissance paternelle fut, avons-nous dit, très attaquée. L'art. 1<sup>er</sup> qui déterminait le champ d'action du contrôle des inspecteurs, et partant des tribunaux, fut l'occasion d'une lutte très vive, à la seconde comme à la troisième délibération. Il était ainsi conçu dans le projet : « Les enfants, les filles et les femmes travaillant dans les manufactures, ateliers ou chantiers, ou en général *hors de la famille*, sous les ordres d'un patron, ne pourront être employés que sous les conditions déterminées par la présente loi. » L'intention de mettre en dehors de la loi la question de la limitation de l'autorité paternelle paraît bien évidente. Elle l'était si bien que M. Leurent (du Nord) vint proposer de remplacer les mots « hors de la famille » par ces mots : « hors de la maison paternelle », et que le rapporteur Talon (du Puy-de-Dôme) protesta en ces termes : « En dehors même de la maison paternelle, l'enfant est encore sous l'autorité du père quand

il travaille à côté de lui. Or, nous trouvons dans le sentiment d'affection de celui-ci vis-à-vis de son enfant une protection qui fera qu'il ne sera pas livré à des excès de travail, ni à des abus de force compromettants pour sa santé (1). » Tout semblait fort clair, quand le président de la commission, M. de Melun, vint déclarer que « hors de la famille » était absolument synonyme de « hors de la maison paternelle »; et que cette expression avait eu pour but d'éviter les ennuis de l'inspection aux ouvriers charitables qui font travailler dans l'atelier de famille des enfants abandonnés ou orphelins : « Jamais on ne dira, — l'orateur en prenait l'engagement le plus formel, — qu'un enfant travaillant avec son père hors de son habitation dans une fabrique, dans un chantier ou même sur un toit, travaille dans sa famille. » Cette explication fixa l'opinion de l'Assemblée. A partir de ce moment, il fut entendu, malgré les réclamations de deux députés de la gauche, MM. Pernollet et Ducarre, que le père qui fait travailler ses enfants hors du foyer domestique doit être traité comme un patron ordinaire, et se voir appliquer toutes les prescriptions de la loi. M. Roussel aurait voulu étendre l'inspection, même à l'intérieur de la famille « lorsque celle-ci se livre à un travail inscrit dans la nomenclature officielle des industries insalubres ou dangereuses » (2).

(1) *J. off.*, janvier 1873, p. 475 et p. 478.

(2) *J. off.*, janvier 1873, p. 475.

A notre avis, lorsque l'enfant travaille avec ses parents, une distinction doit être faite. Le père ou la mère sont-ils simples ouvriers ou contre-mâtres; on peut parfaitement admettre le contrôle de l'Etat. Le contrôle porte alors sur le chef de l'usine, sur le patron, beaucoup plus que sur le père. Le père, au contraire, est-il patron lui-même : ici nous conseillerions sans hésiter l'abstention. Les abus ne sont pas plus à craindre que si l'atelier était au foyer domestique; ils le sont même moins dans les chantiers ouverts. Le père qui est le chef d'un petit atelier — nos grands industriels spéculent rarement, en effet, sur le travail de leurs enfants — n'est point entraîné par l'activité fiévreuse de la fabrique. « Il commande et surveille à loisir le travail de son fils; il n'y a pas de meilleur juge des forces de l'enfant et de la mesure dans laquelle il convient de les employer » (1).

La loi du 7 octobre 1874 a visé une classe assez peu recommandable : celle des individus qui exercent les professions dites ambulantes. Il s'agissait d'empêcher les parents qui se livrent à un des métiers désignés dans la loi, de faire figurer dans leurs représentations ces jeunes enfants dont la vue excite douloureusement parfois l'intérêt des spectateurs. L'art. 1<sup>er</sup> distingue. Jusqu'à seize ans le père ne pourra pas faire exécuter par ses enfants des tours de force ou des

(1) Discours de M. Pernolet, mai 1874, p. 3353.

exercices de dislocation (six mois à deux ans de prison ; 16 à 200 francs d'amende). Jusqu'à douze ans, et sous la menace de la même peine, il ne doit pas les employer dans ses représentations.

Nous referons encore notre observation perpétuelle. Pour atteindre le but, qui était louable, il n'était pas besoin de s'attaquer à l'autorité paternelle. Les pouvoirs de police qui appartiennent au maire suffisaient pour interdire ces tours de force périlleux. On pouvait encore procéder par voie d'interdiction générale du métier de saltimbanque forain. L'un et l'autre de ces moyens parfaitement efficaces n'avaient pas cette apparence d'intervention dans des familles peu morales, sans doute, désorganisées, nous le voulons bien, mais qui doivent conserver leur indépendance, pour que les autres familles morales et bien organisées puissent conserver la leur. L'Assemblée nationale réclama lorsque M. Chevandier (de la gauche) vint faire cette observation pourtant bien naturelle. Le rapporteur, M. Eugène Tallon, exalta l'utilité et les bons effets des lois protectrices de l'enfance, « ces lois de liberté entendues dans le bon sens ». M. de Melun présenta la loi comme une pure émanation de la doctrine chrétienne. Du moment où le ciel parlait comme Stuart-Mill, la Chambre ne pouvait que s'incliner. Elle vota pour la réglementation du pouvoir paternel, mais sans la combiner avec la déchéance, ou pour mieux dire

avec la privation des droits paternels, car le mot de déchéance n'est pas encore dans nos lois.

II. *Cas de déchéance.* — Le premier est indiqué par l'art. 335-2°, du Code pénal, le deuxième par cette loi du 7 décembre 1874.

L'art. 335-2°, est ainsi conçu : « Si le délit a pour auteurs le père ou la mère — il s'agit de l'attentat aux mœurs, commis en excitant, favorisant ou facilitant habituellement la débauche ou la corruption de la jeunesse de l'un ou l'autre sexe au-dessous de vingt et un ans (article 334), — le coupable (outre la peine plus sévère qui le frappe (1), sera de plus privé des droits et avantages à lui accordés sur la personne et les biens de l'enfant par le Code civil, livre I<sup>er</sup>, titre IX, *De la puissance paternelle.* » Les expressions de l'article sont à dessein adoucies, elles auraient pu être modifiées. La mesure aurait gagné à être prise sous une autre forme.

Quelle est la portée exacte de cette décision? Les interprètes, trop heureux de trouver enfin un cas de déchéance, se sont efforcés d'élargir le texte encore trop étroit à leur avis. Ils ont essayé de faire décider que la déchéance s'étendait à tous les enfants : 1° de tous les lits; 2° nés ou à naître (Duranton, t. III, n. 384;

(1) Deux à cinq ans d'emprisonnement; 300 à 1,000 fr. d'amende. L'attentat à la pudeur et le viol commis par des ascendants (art. 331, 332, 333) n'entraînent pas la déchéance.



Taulier, t. I, p. 492); qu'en second lieu elle était absolue et comprenait le droit d'émancipation et le droit de consentir au mariage ou à l'adoption (Valette, *Sur Proudhon*, t. II, p. 351, note a).

La déchéance est une peine, pourrait-on dire; or toute peine doit être rigoureusement mesurée aux termes de la loi. Que dit l'art. 335-2° ? Il parle des droits et avantages sur la personne de l'enfant, accordés par le Code civil, livre 1<sup>er</sup>, titre IX. Donc..., etc. Il est cependant des esprits que le syllogisme le plus parfait ne saurait contenter, et qui veulent des arguments tirés de l'intention de la loi. Rien n'est plus facile que de leur en fournir.

Le premier projet de l'art. 335 (voir Locré, *Législation civile et criminelle*, t. XXX, séance du 26 août 1809) ne contenait pas le § 2. Le pouvoir paternel avait paru tellement respectable aux premiers rédacteurs qu'ils n'avaient pas osé introduire cette dérogation, pourtant bien justifiable, à la règle générale. Les seconds furent plus hardis; aussi la voyons-nous figurer dans la nouvelle rédaction proposée à la séance du 3 octobre. Cette hésitation jointe au langage de l'article, qui s'abstient de parler de déchéance, n'indique-t-elle pas l'esprit de la loi ? Elle veut faire le nécessaire pour que l'enfant prostitué ou corrompu soit écarté du milieu où il a vécu jusqu'alors, et qu'il puisse reprendre sous d'autres influences plus morales une éducation assez mal commencée. Mais les

autres enfants, dira-t-on, leur sort est fatal. « On ne doit jamais confier à des hommes de cette nature aucune administration ou gestion des personnes ou des biens des mineurs. » Peut-être : mais nous n'avons pas le droit de nous en occuper. Ce serait une mesure *préventive* et la loi a eu bien de la peine à admettre une mesure *répressive*. Ou bien les autres enfants ont été victimes de la dépravation de leurs parents, et alors qu'on applique les art. 334 et 335 pour ce nouveau délit. Ou bien ils ne l'ont pas été, et alors on n'a pas le droit de dire qu'ils le seront. La loi n'a pas l'intention d'empêcher le mal d'arriver, mais de le punir, quand il est fait.

Quant à la question de l'émancipation et du consentement au mariage, ou à l'adoption, l'exposé des motifs (p. 479, n° 17) et le rapport au Corps législatif (n° 24) ne paraissent pas y avoir songé. Ils parlent l'un et l'autre « des avantages conférés par le Code Napoléon », sans préciser. Le but de la loi est assez clair : elle veut soustraire l'enfant aux mauvais conseils et aux mauvais exemples. A-t-on besoin pour atteindre ce résultat, de toucher aux droits des art. 477, 148 et 346?

La déchéance est donc limitée à un seul enfant.

Elle est partielle et ne vise que certains attributs de la puissance paternelle.

Elle est enfin obligatoire et suit de droit la condamnation de l'art. 334 ; cela n'est pas discuté (V. Demolombe, n° 361).

La loi du 7 décembre 1874, comme l'art. 335, n'a pas voulu prononcer le mot de déchéance. Comme l'art. 335, elle n'a dépossédé le père de son autorité qu'à l'égard de l'enfant qui en a souffert. Mais deux différences séparent cette privation des droits paternels de son aînée. Elle est absolue : privation des droits paternels — sans exception. — Elle est facultative : la loi dit : pourront être, et l'oppose à une déchéance qui peut avoir lieu de plein droit (art. 2, *in fine*).

Il y a déchéance dans deux cas : lorsqu'il y a eu cessation de l'enfant ; on sait qu'à la forme près nous acceptons l'article (art. 2) ; lorsqu'on l'a employé « à la mendicité habituelle, soit ouvertement, soit sous l'apparence d'une profession » (art. 3). Ici nous croyons la mesure inutile et dangereuse. Inutile : parce que l'enfant ayant commis sans discernement — nous le voulons bien — le délit de mendicité tombe sous le coup de l'art. 66, qui le mettra hors d'état de suivre plus longtemps les leçons paternelles. Dangereuse : parce qu'elle rompt précisément sans utilité le faisceau juridique des droits de famille. C'est un précédent gros de menaces. Lorsqu'on a reconnu dans un cas que l'Etat « a le droit de défendre à des parents d'engager leurs enfants dans certaines professions ou de les y employer quand ils les pratiquent eux-mêmes » (1), on est bien près de l'admettre dans tous les autres.

(1) Rapport, *J. off.*, 1<sup>er</sup> avril 1874, p. 2542.

Voilà ce qui est écrit dans les textes. Hors de là, il n'y a rien.

Il s'ensuit que, d'après nous, le père a le droit le plus absolu sur la personne de ses enfants; il est libre et souverain. Qu'il s'agisse de l'éducation physique, de l'éducation intellectuelle, de l'éducation morale, aucune entrave ne le gêne, aucun obstacle ne l'arrête (1).

Quelle autorité viendrait contrebalancer la sienne? On a prétendu découvrir que la puissance paternelle résidait aussi entre les mains des ascendants, et l'on a cité l'art. 372 qui la divise entre le père et la mère. Nous allons démontrer que le pouvoir du père n'est pas un pouvoir partagé.

*Ascendants.* — M. Demolombe, par exemple (t. VI, n° 270), admet l'existence de deux puissances paternelles.

1° La puissance paternelle (première acception du mot) appartient non seulement au père et à la mère, mais encore à l'aïeul et à l'aïeule, et quelquefois concurremment à tous les ascendants. Elle ne se termine que par la mort de celui qui l'exerce (comp. Demante, t. II, p. 164, n° 110, *Cours analytique*).

2° La puissance paternelle (sens restreint) n'appar-

(1) Il peut décacheter les lettres de ses enfants (Caen, 11 juillet 1866).

tient qu'au père et à la mère (art. 372), et cesse comme le dit le même article, à la majorité...

M. Laurent rejette le principe dont la conséquence forcée est « de briser l'autorité paternelle en la divisant (t. IV, n° 269). » Nous ne croyons pas que la coexistence de ces deux pouvoirs entraîne nécessairement la sujétion du second au premier. Ils peuvent vivre côte à côte dans le domaine qui leur est tracé par les textes. La puissance paternelle du père (art. 372 et 373) occupera le premier plan — c'est la seule que le Code civil appelle de ce nom (V. le titre IX); la puissance paternelle des ascendants restera dans l'ombre, effacée sans doute, mais prête à intervenir quand la loi le lui ordonnera.

Il y a, en faveur de cette conception, une tradition bien établie. Dans toutes les familles des différentes races qui se sont assimilées sur le sol français, le rôle des anciens, des vieillards a été prépondérant jusqu'à la chute de l'ancien régime. Leur pouvoir juridique fut brisé dans la France coutumière au xvi<sup>e</sup> siècle, par l'introduction de la majorité de vingt-cinq ans, et dans la France de droit écrit par la loi du 28 août 1792. Mais quelques débris en subsistent encore, qui, en se rapprochant, peuvent bien constituer une sorte de copie de la puissance paternelle véritable. Comment expliquer cet art. 935, par exemple, qui, du vivant des père et mère, donne aux ascendants le droit d'accepter une donation pour leurs petits-fils émancipés ou

non? Que l'on cherche ailleurs la cause de la dette d'aliments (205-207), et de la réserve (915), ces deux institutions si étroitement unies, nous l'admettons encore. Elles peuvent dériver de la *pietas erga parentes et liberos*. Ce qui tendrait à le prouver, c'est l'art. 206 qui impose au gendre et à la belle-fille l'obligation alimentaire. Mais, après la mort des père et mère, voyez comme les pouvoirs des aïeuls s'accroissent; ils consentent au mariage du mineur, même lorsque la tutelle est confiée à d'autres mains (151); à tout âge, l'enfant est tenu de leur demander conseil (152); enfin, il fallait obtenir leur autorisation pour recourir à l'ancien divorce par consentement mutuel (283).

Quelle est donc la cause de cette déférence à leur volonté que la loi exige dans tant d'articles, sinon le souvenir affaibli de leur omnipotence primitive (1)?

Mais de là à conclure que ce pouvoir — on peut maintenir le mot — empiètera sur la puissance paternelle, il y a loin. Ses limites lui sont toutes tracées par les textes, dont la réunion a permis de le reconstruire (art. 935, 151, 152, 283).

On peut donc, tout en se ralliant à la distinction de M. Demolombe, croire avec Proudhon (*Traité sur l'état des personnes*, t. II, p. 335) que : « l'enfant n'appartient qu'au père. » Les art. 372 et 373 le disent formellement, et on sait que ce sont les paroles mêmes

(1) M. Laurent refuse de l'admettre (t. IV, n° 267).



qui, au cours de la discussion, furent prononcées par Tronchet.

La conséquence à en tirer, c'est que le père peut valablement refuser de laisser visiter ses enfants par leurs aïeuls paternels ou maternels (Dalloz, n° 54; Laurent, n° 267). Il est juge et juge sans appel de leurs relations.

*Mère.* — La question du droit de la mère a été déjà tranchée. Si le père ne peut pas, par une convention formelle, se démettre en faveur de la mère d'une partie de son droit d'éducation — et nous l'avons démontré — celle-ci ne saurait le lui enlever de force. Il serait contradictoire de faire sortir de ces deux articles 203 et 372 une action qu'ils ne peuvent produire, alors qu'ils sont confirmés par le contrat de mariage. D'où, en cas de dissentiment entre les époux, c'est au père seul qu'il appartient de prendre la décision définitive (Marcadé, sur l'art. 1389, C. C., n° 4. *Contra*, Rodière et Pont., *C. de m.*, t. I, n° 57). Il peut changer la religion de ses enfants; il peut même les forcer à entrer dans les ordres monastiques, sans que la mère puisse protester, soit par voie d'action, soit par une demande en divorce ou en séparation de corps (voir la question p. 213).

La puissance du père étant sans partage doit être nécessairement sans contrôle. L'absence de division supprime les conflits et, par conséquent, les arbitres. Cependant, on a essayé de découvrir dans le Code un

haut pouvoir de surveillance qui réprimerait les abus du droit de correction, ainsi que l'oubli ou les écarts du droit d'éducation. Trois systèmes ont été proposés :

1° Le système de M. Vazeille (*Traité du contrat de mariage*, t. II, 431);

2° Le système de MM. Demolombe, Demante, etc.;

3° Le système de M. Laurent.

1° M. Vazeille ne peut pas admettre que le père conserve son pouvoir lorsqu'il n'en exécute pas ou en exécuté mal les obligations. « Il est très vrai, nous dit-il, qu'en matière de peine, de même qu'en matière de nullité, il n'y a de punissables et de nuls que les actes formellement réprouvés par la loi; mais ce principe n'a point d'application aux avantages, aux droits et aux capacités, qui ne sont donnés ou reconnus que sous des conditions prévues ou à la charge de satisfaire à des obligations déterminées..... Dans toutes les obligations réciproques, le défaut d'exécution d'un côté doit résoudre l'engagement de l'autre, ou faire accorder des dommages-intérêts à la partie lésée. Ainsi, le chef de famille qui contrevient à ses devoirs les plus importants, la cause et la condition de sa puissance, renoncé lui-même à cette puissance et doit en être privé, ou si son infraction peut être corrigée par une déchéance partielle, on peut ne le priver que d'une partie de l'autorité et des avantages qui lui étaient donnés ».

Voilà le principe : la loi n'a pas pu y déroger ; et elle ne l'a pas fait. « La puissance des pères n'est, en effet, qu'une grande charge tutélaire. » Dès lors, on doit voir une règle générale commune au père-tuteur et au tuteur simple dans les dispositions du Code civil (444). Il y a eu sans doute une omission dans le texte ; la règle d'interprétation n'est pas nettement posée ; mais un raisonnement très sûr permet de la retrouver.

Nous ne retiendrons de cette théorie, très bien liée au point de vue juridique, que cet aveu de l'impuissance du ministère public en matière civile : « Il n'agit que comme partie jointe ; pour agir directement, il lui faut une attribution expresse. » Il nous servira contre M. Demolombe ; M. Demolombe nous aidera d'ailleurs contre M. Vazeille.

2° M. Demolombe part du même principe. Il est des cas où « il faut venir au secours de l'enfant. La raison, la morale, l'humanité même l'exigent, dans l'intérêt de l'enfant, dans l'intérêt de l'ordre public » (n° 367 du tome VI.) « Mais il n'y a pas de texte : comment faire ? Nous ferons comme nous pourrons. » Jamais discussion juridique n'a commencé par un tel exorde. Cependant toute assimilation entre la puissance paternelle et la tutelle est impossible. M. Demolombe le sait fort bien. Ces deux institutions ont chacune leurs règles particulières qui ne se complètent point l'une par l'autre. Même avec l'idée de M. Vazeille, qui considère le pouvoir paternel

comme « une tutelle moins circonscrite et plus honorée », il serait peu logique d'appliquer l'art. 444, c'est-à-dire de la circonscrire et partant de détruire son caractère essentiel. A plus forte raison en est-il de même si l'on tient compte du langage du Code civil. Il faut donc renoncer à la déchéance pour cause d'inconduite notoire, d'incapacité ou d'infidélité. On ne peut ouvrir la tutelle pendant le mariage, elle qui n'apparaît qu'à sa dissolution (390). Ce qu'il faut établir, c'est une intervention des tribunaux très restreinte, très modérée qui ne retirera au père la garde des enfants « que si leur personne et leur bonne éducation physique et morale est compromise, et ne touchera point aux droits dans l'exercice desquels il n'est pas reprochable » (n° 365).

Mais où la trouver?

Ne sera-ce point dans le caractère de la puissance paternelle développé en vertu de l'art. 4 du Code civil « qui déclare le juge coupable de déni de justice s'il refuse de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'incompétence de la loi »? — La puissance paternelle est ce que la loi l'a faite : or elle ne lui a point posé de limites. Ses ordres sont formels et révélés dans des règles très précises (372, 373). Le juge n'a pas à suppléer à son silence; il ne peut se prévaloir de son ambiguïté.

Mais la justice n'exerce-t-elle pas une haute surveillance sur les pères? Elle le faisait dans l'ancien droit.

Sans doute, mais le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif n'étaient pas conçus dans l'ancien régime comme de nos jours. La coutume abrogeait la coutume ; et les parlements pouvaient en créer de nouvelles par leurs arrêts de règlement. Aujourd'hui la loi est une souveraine, à qui le juge doit obéir ; la loi seule abroge la loi et le magistrat n'a que le droit de l'interpréter.

La question a été posée lors de la discussion du Code. C'est donc qu'on y songeait. — Elle n'a pas été résolue ; c'est ce qui nous enlève le droit de la résoudre.

Enfin, ne peut-on pas faire une application *utile* de l'art. 444 du Code civil ? C'est l'argument de M. Vazeille avec moins de logique. Il n'était pas nécessaire de réfuter son système pour le reprendre avec plus de timidité.

Toutes les raisons que l'on peut donner viennent d'ailleurs se heurter contre la remarque si fortement présentée par M. Laurent (n° 291). « Il n'y a pas de loi qui permette aux tribunaux criminels ni aux tribunaux civils de prononcer la déchéance de la puissance paternelle, en dehors de l'art. 335 » — et de la loi du 7 décembre 1874. Cet art. 335 fournit même un argument nouveau. Lorsque le père a prostitué sa fille, la déchéance (partielle) n'est prononcée qu'à l'égard de ce seul enfant, et l'on voudrait que pour de simples excès, on puisse la prononcer à l'égard de tous. L'es-



prit de la loi y répugne : il faut se résigner à être de son avis.

Le principe de M. Demolombe (admis aussi par Aubry et Rau, t. IV, p. 604) entraîne d'ailleurs des difficultés inextricables. C'est le propre des solutions peu rigides d'amener des complications sans fin. Qui intentera l'action ? A qui sera confié l'enfant ? La déchéance pourra-t-elle s'étendre à toute la puissance paternelle ? Voilà trois questions qui naissent et que l'on ne peut pas laisser sans solution.

A. Pour la première, on reprend les arguments que l'on a fait valoir au sujet de l'action de l'art. 203 ; on n'a qu'à se reporter à notre réfutation.

B. A qui l'enfant sera-t-il confié ? A la mère si elle est séparée en fait d'avec le père (1), à un tiers si l'intérêt de l'enfant l'exige, car c'est l'intérêt de l'enfant qui sert à revêtir le bon plaisir du juge (Allemand, *Du mariage*, t. II, n. 1105).

C. Le droit de correction et d'éducation seuls peuvent être enlevés. Mais le droit d'émancipation doit les suivre car il « pourrait devenir un moyen de représailles contre celui qui a reçu la garde de l'enfant ». Le droit de consentir au mariage ou à l'adoption reste hors d'atteinte. A quoi bon le retirer au père ? Il ne met en péril ni le corps ni l'âme de l'enfant.

Si nous insistons sur toute cette œuvre législative,

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 604.



élaborée en dehors des pouvoirs à qui il appartient de créer la loi, c'est pour montrer l'influence que les théories individualistes exercent sur l'esprit des interprètes. Elles leur font faire bon marché de cette rigueur qui leur est familière. M. Vazeille avait au moins essayé d'en conserver l'apparence. Les règles ordinaires de la tutelle répondaient aux trois questions : le conseil était convoqué sur la demande des parents ou d'office (406); il nommait un tuteur à l'enfant, autre que la mère soumise à la puissance maritale; la destitution devait être naturellement complète (444).

3° Le troisième système est dû à M. Laurent. C'est un système très prudent. Il se borne à reconnaître à l'enfant dont la vie ou la moralité seraient mises en danger par un séjour plus long dans la maison paternelle « le droit de s'adresser aux tribunaux et de demander l'autorisation de se retirer dans un lieu qui lui serait désigné par les magistrats » (n° 271).

C'est encore trop à notre avis. Il est peu sérieux de dire « que le père ne sera pas alors déchu de son autorité, qu'il pourra toujours diriger l'éducation de son enfant ». La puissance paternelle diminuée du droit de garde, qui est la condition nécessaire du droit d'éducation, n'est plus la puissance paternelle. Enlever ce droit au père, c'est le frapper de déchéance partielle. Or, M. Laurent ne veut pas de la déchéance.

De plus, comment conçoit-on le procès? Ou bien

l'enfant erre sur la voie publique : son père n'a qu'à le ramener chez lui par la force. Il ne peut pas, en effet, plaider contre un mineur que lui-même peut seul représenter, en justice ; il ne peut s'attaquer lui-même. Ou bien l'enfant est réfugié chez un tiers. Alors peut naître un procès. Mais quelle sera la question posée ? Une seule, la question suivante : celui qui réclame l'enfant l'a-t-il oui ou non en sa puissance ? Si oui, et ce n'est pas nié par hypothèse, l'enfant sera remis à son père. Nous admettrions même le procédé de la simple ordonnance du président (V. Debelleyne, t. 1<sup>er</sup>, p. 417).

*Question.* — Les père et mère étrangers résidant en France exercent-ils les droits de correction et d'éducation comme les père et mère français ?

D'abord ils ont la puissance paternelle : quel que soit le système que l'on adopte sur l'art. 11 du Code civil, on ne peut la leur dénier. Si l'on croit que les étrangers ne jouissent en France que des droits qui leur sont accordés explicitement ou implicitement par la loi, on ne peut pas faire de difficulté. La loi du 14 février 1882 suppose, en effet, qu'un mineur étranger, né d'un père naturalisé, veut s'engager dans l'armée française. Elle exige, en cas de prédécès du père, le consentement de la mère, qui peut être étrangère, puisque la naturalisation est personnelle. C'est bien reconnaître la jouissance de la puissance paternelle aux étrangers. — Si l'on admet avec la jurisprudence (Cass., 22 juillet 1848 ;

(S., 48, I, 417. Cass., 20 mai 1862; S., 62, I; 673) et avec Laurent (t. I, n° 405) que l'art. 11 consacre la distinction traditionnelle entre les droits civils et les droits naturels, la solution est la même, puisque le pouvoir paternel est de droit naturel, au moins dans son droit de correction et d'éducation. — Enfin, nul texte ne le leur enlève; et c'est un argument décisif pour ceux qui sont convaincus avec le troisième système que les étrangers jouissent en France de tous les droits, sauf de ceux qui leur ont été retirés.

Mais à quelle loi doivent-ils obéir?

*Droit de correction.* — « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire » (art. 3). Les conditions requises pour faire détenir les enfants de famille constituent une loi de police et de sûreté. Donc... etc. (Demol., t. VI, n° 357).

*Droit d'éducation.* — Toutes les dispositions pénales relatives au droit d'éducation s'appliquent évidemment en vertu du même principe.

Il n'y a donc de question que pour les points non réglés par les lois de police et de sûreté.

Faudra-t-il recourir à la loi française ou à la loi étrangère? Ce qui revient à dire, puisque le Code civil a adopté l'ancienne théorie des statuts (V. Laurent, *Droit civil international*. Introduction historique. — Barde, thèse de doctorat. Bordeaux, 1880) (1), la puis-

(1) *Contra*, *Journal de droit international privé*, 1878, p. 168.

sance paternelle est-elle un statut réel ou un statut personnel?

Dans l'ancien droit, où les questions mixtes jouaient un si grand rôle par suite de la diversité des coutumes et de leurs conflits avec le droit romain, les auteurs étaient d'accord sur la puissance paternelle, au moins en ce qui touche la personne des enfants. Bouhier (*Obs. sur la coutume du duché de Bourgogne*) la définissait : *jus in liberos*, et, par suite, en faisait un statut personnel. Boullenois (*Dissertation sur les questions qui naissent de la contrariété des statuts*), arrivait avec encore plus de force à la solution de Bouhier. On peut dire, avec Laurent, « que tous les auteurs autrefois, admettaient la personnalité, sauf pour les biens ».

Le Code civil a accepté la tradition ; et comme elle était assez nette au sujet du droit d'éducation et de correction, il ne saurait y avoir de doute. Comme le dit Merlin (*Répert.*, P.P. sect. vii), la puissance paternelle est un « état, une condition véritable » ; c'est donc un statut personnel. Sans doute ; mais il faut tenir compte de l'ordre public et des bonnes mœurs. Le pouvoir paternel est bien « un état » qui s'attache à la personne de l'étranger et le suit jusque dans sa résidence sur notre territoire. Mais à la limite des deux souverainetés, il sort nécessairement de l'ordre public étranger, et entre dans le domaine de l'ordre public français. Voici les conséquences de cette observation.

Pour régler à qui appartient le *droit* d'éducation, on obéira à la loi étrangère. La mère le réclame-t-elle, en vertu d'un article de loi, en vertu du Code prussien par exemple qui lui confie l'enfant jusqu'à l'âge de quatre ans, on suivra la loi prussienne. Il en serait de même dans tout autre cas analogue. — Bien que le Code civil « ne s'occupe pas des procès entre étrangers et que la jurisprudence ait consacré le principe d'incompétence » (Laurent, t. IV, n° 20), ce sont là des matières qui touchent au bon ordre intérieur, et où, par conséquent, la justice intervient (Bonfils, *Compét. des trib. français à l'égard des étrangers*, p. 176. Demangeat, *Histoire de la condition civile des étrangers en France*, p. 311, 314).

S'il s'agit au contraire de ce *pouvoir de tutelle* que la Cour de chancellerie anglaise exerce sur les pères de famille comme déléguée du roi, ou qui, ailleurs, est confié à des autorités administratives (au préfet, en Danemark), il est évident que les tribunaux français ne peuvent agir comme mandataires de la reine d'Angleterre ou se substituer aux préfets du roi de Danemark. Ils pourront offrir aux mineurs leur protection, mais dans la limite des pouvoirs qui leur sont confiés par la loi française. Supposons qu'en sens inverse les pouvoirs des tribunaux étrangers soient plus restreints encore que les pouvoirs des nôtres, la justice française pourra, néanmoins, prendre à l'égard des enfants

étrangers les mesures qui sont autorisées en faveur des enfants français. Sur le sol de la France les étrangers ont droit à toute la protection, mais rien qu'à la protection que peuvent réclamer les nationaux.

*Remarque.* — Le père et l'enfant peuvent être de nationalités différentes. Le statut applicable est-il celui du père ou celui de l'enfant ? M. Laurent est pour la seconde opinion (1). Pour nous, la puissance paternelle étant un droit, nous ne saurions qu'accepter la première.

## § 2. *Événements pouvant survenir au cours du mariage.*

### I. ABSENCE

On a l'habitude, lorsqu'il s'agit d'absents, de distinguer avec le chapitre I et le chapitre II du titre IV, le présumé absent et le déclaré absent, et tous les manuels les définissent : « Le présumé absent est celui dont l'existence est devenue incertaine par suite de la disparition insolite de son domicile, jointe au manque de nouvelles. — Le déclaré absent est celui dont l'absence a été déclarée, c'est-à-dire vérifiée et constatée par un

(1) Laurent, t. VI, p. 43.



jugement. » Nous allons suivre cette distinction que nous croyons absolument fausse dans l'espèce.

ABSENCE DE LA FEMME

Qu'elle soit présumée ou déclarée, l'art. 373 — le mariage, en effet, n'est pas dissous (art. 139) — règle la question.

ABSENCE DU MARI

α. *Absence présumée.* — « Si le père a disparu laissant des enfants mineurs, dit l'art. 141, issus d'un commun mariage, la mère en aura la surveillance, et elle exercera tous les droits du mari, quant à leur éducation et à l'administration de leurs biens. »

Quelle est la nature du pouvoir à elle reconnu par la loi?

Un auteur, Proudhon (t. I, p. 306), a essayé de le représenter comme une tutelle. Bigot-Préameneu avait déjà dit (Locré, t. II, p. 253) : « Il est conforme aux principes qui vous seront exposés au titre des tutelles que, si la femme de l'absent vit, elle ait la surveillance des enfants. » Un conseiller d'Etat peut se tromper et entraîner après lui un savant jurisconsulte. Les principes n'en sont pas ébranlés. Il n'y a tutelle qu'après la dissolution du mariage par la mort (art. 390) or le mariage subsiste (art. 139). Le père n'est pas pré-

sumé mort, puisque l'art. 141 suppose que la mère « exerce ses droits ». Que fait dès lors l'art. 141? Il constate que le père ne pouvant plus exercer la puissance paternelle (art. 373), sera représenté légalement par la mère, ce qui est d'autant plus naturel qu'elle a déjà la puissance de ce droit en vertu de l'art. 372 : « L'enfant reste sous l'autorité de ses père et mère jusqu'à sa majorité ou son émancipation. » L'art. 141 est inspiré par le même ordre d'idées qui a fait écrire l'art. 149 du Code civil : « Si l'un des deux (père et mère) est mort, ou s'il est dans l'impossibilité de manifester sa volonté (en cas de mariage) le consentement de l'autre suffit », et aussi l'art. 2 du Code de commerce : le mineur émancipé qui voudra faire le commerce devra « être préalablement autorisé par son père, ou par sa mère en cas de décès, interdiction ou *absence* du père. » Les raisons pratiques qui militent en faveur de cette solution l'avaient fait adopter par l'ancien droit. Pothier écrivait (*Traité des personnes*, part. III, tit. VI, sect. II) : La mère remplace le père « dans le cas auquel pour sa démence ou son absence, il ne pourrait pas exercer » la puissance paternelle (Valette sur Proudhon, t. II, p. 245 n. a; Zachariæ, t. III, p. 674; Demolombe, t. VI, n° 296, t. II, n° 311; Laurent, t. II, n° 147).

La mère a donc l'exercice du droit de correction et du droit d'éducation. Rien à dire du droit d'éducation.

Le droit de correction a subi au contraire un certain changement qu'il convient de souligner.

« La mère survivante et non remariée, dit l'art. 381, ne pourra faire détenir un enfant qu'avec le concours des deux plus proches parents paternels et par voie de réquisition, conformément à l'art. 377. » Quelle sera l'utilité de ces deux parents? Ils viendront, dit en substance Réal dans son exposé des motifs (Locré, t. VII, p. 332), au secours d'une veuve (ajoutons d'une femme d'absent) exposée à la malignité publique « pour attester la nécessité de cette mesure de rigueur. » « La faiblesse du jugement des femmes, écrivait Pothier (*Traité des personnes*, n° 133) et le caractère d'emportement assez ordinaire à ce sexe, empêchent qu'on ne puisse compter sur le jugement de la mère comme sur celui du père » (voir de Belleyme, *Ordonn*, t. I, p. 14, n. 2).

Les deux plus proches parents paternels peuvent être remplacés par des parents d'un degré plus éloigné mais résidant sur les lieux, ou même par des amis (arg. d'analogie de l'art. 409, Demolombe, t. VI, n° 351 et suiv.). Cela a été discuté. Proudhon (t. II, p. 247), refusait le droit de correction à la mère, lorsque l'enfant n'avait pas de parents paternels. Ducaurroy (t. I, n° 557), Taulier (t. I, p. 483), supprimaient la formalité. Il vaut mieux se reporter simplement au titre de la tutelle (Zachariæ, t. III, p. 677; Valette sur Proudhon, t. II, p. 247, n. *a.*).

Voilà tout ce que l'art. 381 exige. Les interprètes ont imaginé de contester à la mère son droit de pardon. Proudhon (t. I, p. 247) l'a nié. L'art. 379 ne parle, en effet, que du père. Marcadé (t. II, p. 379, n° 3), Taulier (t. I, p. 483), Laurent (t. IV, n° 283) l'entravent en exigeant le concours des deux parents paternels, qui doivent être apparemment les mêmes, M. Demolombe, avec bien plus de raison, nous montre que les principes généraux du droit de correction sont exposés dans les art. 375 à 379, qui visent le cas ordinaire. Les dérogations sont indiquées par les articles suivants. Où est le texte qui interdit à la mère de pardonner? Les motifs de la loi s'opposent à toute solution contraire. Elle craint la colère, non l'indulgence; elle accumule les difficultés à l'entrée des maisons de correction; c'est bien avouer son intention d'en faciliter la sortie (Zachariæ, t. III, p. 679; de Belleyme, *Ord.*, t. I, p. 14, 15).

3. *Absence déclarée.* — Pour cette seconde période, trois opinions ont été présentées. L'une considère le chapitre iv comme inapplicable à la déclaration d'absence, l'autre l'applique sans distinguer, la troisième est naturellement intermédiaire.

1° « Cette question n'a pas été résolue peut-être avec toute la netteté désirable », avoue au début de la discussion le plus habile des défenseurs de la première opinion, M. Demolombe (t. II, n° 334). Le chapitre iv forme un tout bien homogène dont tous les termes sont

choisis de façon à éveiller l'idée de la présomption d'absence : *surveillance des enfants*, dit la rubrique ; le *père disparu*, la *disparition du père* ajoutent les articles. L'art. 142 distingue entre le décès de la mère avant l'absence déclarée et après l'absence déclarée, et ne statue que pour la première hypothèse. Cet article-là entraîne les autres. En cas d'absence déclarée, il y a lieu à organisation de la tutelle dans les termes du droit commun (390) (Delvincourt, t. I, p. 45 ; Proudhon, éd. Valette, t. I, p. 311, n° A ; Demante, *Encyclopédie*, n° 147).

2° L'opinion intermédiaire se rallie à l'argumentation avec une exception pour le cas où l'époux a opté pour la continuation de la communauté (cas de l'article 124) (Duranton, n° 518, t. I ; Demante, *loc. cit.*) (1).

3° Les termes du chapitre iv sont généraux. La rubrique ne fait point de distinction. Elle porte : *De la surveillance des enfants mineurs du père qui a disparu*. L'absent présumé est disparu, l'absent déclaré l'est aussi. Les articles qui précèdent s'occupent du mariage sur lequel la déclaration d'absence n'a pas d'effet ; la puissance paternelle est traitée comme la puissance maritale ; à cela il n'y a rien d'étonnant. L'absent déclaré, n'étant pas présumé mort en tant que mari, ne doit pas être présumé mort en tant que père. Cette division, introduite par la loi pour les biens laissés par l'absent,

(1) Voir Dalloz (*Absence*, nos 569, 571).

n'a aucune action ni sur ses droits pécuniaires éventuels (135-138), ni sur les droits attachés à sa personne (139-143). Mais, dira-t-on, la solution encore admissible, quand on considère seulement l'éducation des enfants, ne l'est plus quand on tient compte de l'ensemble de la situation et que l'on veut régler l'administration de leurs biens. Ils recueillent les biens de leur père puisque la déclaration d'absence est suivie de l'envoi en possession provisoire (120). La mère ne peut pas administrer seule ! Il n'y a aucun danger : les formalités nombreuses exigées par la loi en faveur de l'absent serviront de garanties aux enfants. Quant à la contradiction, la solution de M. Demolombe ne nous en délivrerait pas, elle ne ferait qu'en changer. Que dire de cette communauté qui continue (124), les enfants étant en tutelle ! (Laurent, n° 220).

*Remarque.* — Si nous supposons l'absence simultanée ou successive du père et de la mère, l'art. 142 nous dit : « La surveillance des enfants sera déférée par le conseil de famille aux ascendants les plus proches et, à leur défaut, à un tuteur provisoire ». On s'est tourmenté bien mal à propos sur la nature du pouvoir de ces ascendants. Les rédacteurs du Code avaient tout simplement l'intention de se reporter aux règles de la tutelle. C'est en ce sens que l'on doit comprendre les paroles de Bigot-Préameneu citées page 274 (Locré, t. II, p. 253).



## II. FOLIE

En cas d'interdiction (489 et s.), « tous actes passés postérieurement au jugement par l'interdit ou sans l'assistance du conseil seront *nuls de droit* ». On connaît cette controverse sur l'étendue de la nullité de l'art. 502. La présomption d'incapacité, qui a son effet au jour du jugement, s'étend-elle à tous les actes? Le droit de correction et d'éducation et le droit de tester en sont-ils atteints?

Le premier système s'en tenant au texte répond affirmativement.

Le second système, au contraire, part de cette idée que l'interdiction est une privation d'*exercice* des droits qui ne peut toucher aux actes où la représentation est impossible, car elle deviendrait une privation de jouissance (1). Son point d'appui est dans l'art. 509 : « L'interdit est assimilé au mineur pour sa personne et pour ses biens; les lois sur la tutelle des mineurs s'appliquent à la tutelle des interdits ». Or, le mineur peut faire tous les actes où l'on ne saurait se faire représenter; il peut tester notamment à partir de seize ans (907).

(1) M. Laurent (t. IV, n° 308) distingue les actes moraux et les actes pécuniaires.

Qu'en résulte-t-il? C'est que l'exercice de la puissance paternelle passe à la mère, puisqu'elle peut représenter le père, en vertu du même raisonnement qu'en matière d'absence. Peu importe qu'elle soit tutrice de son mari (507, C. C.).

Quant au droit de tester, le père le conservera et pourra l'exercer, mais dans un intervalle lucide (901).

Même solution s'il y a internement dans un établissement d'aliénés, en vertu de la loi du 30 juin 1838; le certificat d'admission fera preuve de l'internement (Demolombe, t. VI, n° 297).

La demi-interdiction pour faiblesse d'esprit ou prodigalité n'a aucune conséquence sur le droit de correction et d'éducation. Les incapacités qui en résultent sont limitativement énumérées par l'art. 513.

### III. CONDAMNATIONS

Nous voulons parler ici non seulement des condamnations pour abus de la puissance paternelle, mais de toutes les condamnations en général. Quel est leur effet sur les droits paternels d'éducation et de correction?

Les peines de simple police ne sauraient en avoir aucun.

Parmi les peines correctionnelles, l'interdiction civile peut atteindre la tutelle (art. 42, C. P.); l'énumération de l'article prouve qu'elle ne peut aller plus loin.

Une peine correctionnelle (art. 334-35) entraîne, nous le savons, outre « l'interdiction de toute tutelle ou curatelle, et de toute participation aux conseils de famille », la déchéance de la puissance paternelle. Quelle est la situation de l'enfant vis-à-vis de sa mère? Elle peut être complice, et c'est le cas ordinaire; alors pas de difficulté. Mais si elle ne l'est pas? Elle conserve sur l'enfant la puissance paternelle de l'art. 372, tout en restant soumise à la puissance maritale (art. 213 et s.). N'y a-t-il pas incompatibilité entre ces deux qualités de femme mariée et de mère exerçant la puissance paternelle? Le mieux serait de considérer la femme comme soustraite à la puissance maritale pour tout ce qui regarde l'éducation de l'enfant et de la traiter comme la femme de l'absent (voir p. 274). L'autre solution consisterait à demander l'ouverture de la tutelle.

Quant aux peines criminelles, la dégradation civile, qui est parfois prononcée seule (111, 114, 127, 130, C. P.) et qui accompagne comme accessoire toutes les peines principales, respecte le pouvoir paternel (art. 34; Demolombe, t. VI, n° 363). L'interdiction légale fait-elle de même? La question est importante, puisque, sauf le bannissement, toutes les peines cri-

minelles l'emportent après elles (art. 29, C. P. Loi du 31 mars 1854). On sait que trois systèmes y répondent.

1° L'un s'appuie sur les termes du Code de 1791 (tit. IV, art. 2) qui disait : « Le condamné ne peut, pendant la durée de sa peine, exercer aucun droit civil... », et fait remarquer que l'art. 29 est tout autrement rédigé. Le but de l'art. 29 est d'empêcher le condamné de recevoir de l'argent qui lui permettrait d'adoucir sa peine ou même d'y mettre un terme par l'évasion. Cela est si vrai que l'interdiction légale n'a pas été adjointe au bannissement. Donc, sauf la gestion et l'administration de ses biens, le condamné conserve tous ses droits — et par suite l'exercice de la puissance paternelle. Dans tous les cas d'interdiction légale, le conjoint peut d'ailleurs demander le divorce ou la séparation de corps (art. 232, 306), et il n'en a même pas besoin lorsque l'art. 12 du Code pénal est appliqué (Chauveau et Hélie, *Droit pénal*, t. I, p. 211; Toullier, t. VI, n° 111).

2° Il n'y a qu'une seule interdiction dans nos lois, c'est l'interdiction des art. 489 et suiv., répondent le deuxième et le troisième système. En dehors de ce principe, il est impossible de respecter l'art. 29 du C. P. Le condamné trouvera le moyen de se procurer de l'argent en faisant des actes de disposition. Seulement, les auteurs se partagent, comme ils se sont partagés sur le chapitre de l'interdiction et arrivent aux conclusions de la p. 280.

Duranton (t. VIII, n° 181), Boitard (*Leçons de droit pénal*, p. 188), Demante (t. I, p. 55), Valette sur Proudhon (t. II, p. 554, 556) tiennent pour l'incapacité absolue, Zachariæ (t. I, p. 330) et Demolombe (t. I, p. 192) pour la distinction précédemment exposée. Cette dernière solution nous semble la plus juridique; il est vrai qu'en cas de peines perpétuelles elle perd tout intérêt pratique par suite de l'art. 2 de la loi du 31 mai 1854.

*Nota.* — La mort civile ouvrait la tutelle (art. 390).

#### IV. SÉPARATION

Le Code a admis la séparation d'habitation de l'ancien droit sous le nom de séparation de corps. On peut la définir encore comme la définissait Pothier (*Contrat de mariage*, t. II, part. VI, chap. III) : « la décharge qui pour de justes causes (art. 306) est accordée par le juge à l'un des conjoints par mariage de l'obligation d'habiter avec l'autre conjoint, et de lui rendre le devoir conjugal, sans rompre néanmoins le *lien* de leur *mariage*. »

Deux conséquences peuvent être tirées de cette excellente définition.

La première (qui est juste), c'est que la séparation, dite de fait, consentie sans l'intervention du juge, est au point de vue légal comme si elle n'était pas. Toutes

conventions conclues à son occasion, au sujet des enfants, est donc nulle et non avenue (V. page 244).

La deuxième (qui le paraît), c'est que, le mariage subsistant, l'art. 373 continue de s'expliquer, et que l'on ne peut, par suite, se demander à qui l'enfant sera confié, puisqu'il reste sous le plein pouvoir du père.

Cette seconde conséquence soulève immédiatement les protestations des esprits pratiques. Elle mènerait à des résultats scandaleux. Le père, contre qui la séparation est demandée pour cause d'adultère, ou pour d'autres faits, que l'on dissimule sous le terme commode d'injures graves, resterait maître et éducateur de ses fils ou de ses filles, non seulement pendant le procès, mais après la sentence qui le flétrit. Pour voir jusqu'où doivent aller les restrictions au pouvoir du père, il convient de distinguer deux époques dans l'histoire de notre droit, celle qui a précédé et celle qui a suivi la loi du 18 avril 1886 sur la procédure du divorce et de la séparation de corps.

#### LA DOCTRINE AVANT LA LOI DU 18 AVRIL 1886

La doctrine se demandait — et nous verrons que la loi du 18 avril 1886 n'a tranché qu'une des questions en suspens — si l'on ne devait pas étendre au cas de séparation de corps les art. 267 et 302 du titre du divorce. L'art. 267 disait, en effet : « L'administration



provisoire des enfants restera au mari demandeur ou défendeur en divorce, à moins qu'il n'en soit autrement ordonné par le tribunal, sur la demande soit de la mère, soit de la famille, ou du ministère public pour le plus grand avantage des enfants. » Le jugement qui prononce le divorce, ajoute l'art. 302, les confie à l'époux qui a obtenu gain de cause, à moins que le tribunal, sur la demande de la famille ou du ministère public, n'ordonne, pour le plus grand avantage des enfants, que tous, ou quelques-uns d'entre eux, seront confiés aux soins, soit de l'autre époux, soit d'une tierce personne. Tant de précautions d'une part faisaient que l'on ne pouvait croire à tant d'oubli de l'autre, et l'on pensait pouvoir renforcer les raisons de sentiment par un argument d'analogie.

Etant donnés ces deux textes — nous tiendrons plus tard compte des changements — voici les trois systèmes en présence.

I. *Système absolu de M. Laurent*, — « qui ne combat d'ailleurs que pour l'honneur des principes » (n° 326).

. *Mesures provisoires*. — 1° L'art. 373 doit s'appliquer; les art. 306-344 ne permettent pas d'y déroger; 2° l'exception introduite pour le divorce l'aurait été également pour la séparation de corps, si le législateur l'avait crue utile; 3° il s'est occupé des mesures concernant la femme (878, C. pr.); c'est bien avouer son parti pris de ne pas s'occuper de l'enfant.

β. *Mesures définitives*. — Même argument tiré de l'art. 373.

II. *Système absolu (en sens contraire) de M. Demolombe*. — Pour l'éminent auteur, séparation et divorce doivent être assimilés.

α. *Mesures provisoires*. — « L'analogie des situations, dit-il n° 449, la nécessité indispensable de ces mesures pendant le procès de séparation de corps ne permettent pas de douter que le législateur, quoiqu'il ne l'ait pas dit expressément, n'ait entendu qu'elles y seraient applicables. » Donc l'art. 267 est applicable.

β. *Mesures définitives*. — 1° Le syllogisme tiré de l'art. 373 ne peut satisfaire personne. Il faut recourir à l'art. 302; 2° et que l'on ne dise pas : les situations sont toutes différentes. La séparation laisse subsister la puissance paternelle; le divorce la détruit. Pour M. Demolombe, le divorce ne la modifie en rien, et les art. 148 (consentement au mariage), 375 (droit de correction), 477 (émancipation) restent tous en vigueur; 3° il ne faut pas s'imaginer qu'on introduise un cas de déchéance extra-légale. Il ne s'agit de priver le père que du simple droit de garde.

III. *Système intermédiaire*. — (Zachariæ, t. III, p. 372, n° 5; Demante, *Progr.*, t. I, n° 287) acceptent l'art. 267 pour les mesures provisoires, mais reculent devant une application totale de l'art. 302. 1° Le père qui obtient le divorce ne peut jamais être privé de la garde de ses enfants; 2° elle peut lui être confiée quand

bien même la famille ou le ministère public n'en ferait pas la demande.

On peut arriver à une solution très rapprochée de celle-ci par des arguments un peu différents.

L'art. 302 doit être, à notre avis, absolument écarté du débat. Après la séparation le mariage subsiste, et l'art. 373 est applicable. Après le divorce le mariage n'existe plus (227), et l'art. 373 disparaît. Rien ne saurait prévaloir contre cette raison.

Mais reste l'art. 267.

Il faut — en cela tout le monde est d'accord — que les enfants puissent être l'objet de mesures protectrices. Qu'est-ce que la séparation? Le divorce des catholiques, a-t-on dit. Dans toute la discussion, le divorce et la séparation sont représentés comme deux institutions parallèles. « Les tribunaux ont demandé, lisons-nous dans Locré (t. V, p. 432) que la séparation soit rétablie et marche *parallèlement* avec le divorce, afin de mettre à l'aise la conscience des personnes qui regardent le mariage comme indissoluble. » La balance ne serait plus égale, et partant la liberté des cultes ne serait plus respectée (V. p. 439, Paroles de Portalis) s'il y avait moins de garantie d'un côté que de l'autre, et si l'une des procédures sacrifiait, alors que la procédure symétrique les protège, l'intérêt de la mère et l'intérêt des enfants.

Or, l'art. 267, que prévoit-il? le cas où la bonne harmonie du ménage est profondément troublée à la suite

d'un des faits indiqués par les art. 229 à 232 (adultère, excès, sévices, etc.). Le *mariage n'est pas encore rompu* : il n'y a encore qu'une séparation de fait que prévoit l'art. 268 : « La femme demanderesse ou défenderesse en divorce pourra quitter le domicile du mari pendant la poursuite, etc. » Et l'on ne pourrait pas étendre cet article à la séparation de droit, soit pendant l'instance, soit après le jugement ! L'argument par analogie n'est pas banni de la science juridique. On peut en faire usage, un usage modéré : or c'est ici le cas, ou jamais.

On a tellement le droit de traiter la séparation de corps comme la séparation de l'art. 268 et de lui appliquer *in extenso* l'art. 267, que cet article était déjà voté dans sa teneur actuelle (Locré, t. V, p. 149), lorsqu'on discutait encore si « les juges n'auraient pas le pouvoir de suspendre le jugement définitif du divorce et d'ordonner que, provisoirement, les époux vivraient séparément pendant un temps déterminé » (Paroles de Tronchet, p. 170). Or dans ce cas, voilà une procédure de divorce qui commence : on peut appliquer l'art. 267. Et il en résulte, quoi ? la séparation de corps. Donc, l'art. 267 est parfaitement compatible dans l'esprit de la loi avec la séparation.

Cette faculté dont parlait Tronchet fut refusée au juge. Mais l'art. 310 ancien et l'art. 310 nouveau introduit par la loi du 19 juillet 1884 ont fait mieux. Ils ont imprimé à la séparation le caractère d'une mesure

temporaire. Elle apparaît comme un temps d'épreuve précédant le divorce. C'est un trait de plus pour la rapprocher de la séparation de l'art. 268 au sujet de laquelle l'art. 267 intervient.

Notre conclusion est donc « que l'administration provisoire (ou non) des enfants restera au mari demandeur ou défendeur (en séparation de corps), à moins qu'il n'en soit autrement ordonné par le tribunal, sur la demande soit de la mère, soit de la famille ou du ministère public, pour le plus grand avantage des enfants. »

α. Le tribunal, dit le texte : le président seul le pourrait-il ? Une discussion qui s'engagea à propos de la première rédaction de l'article (Locré, p. 153) paraît le lui permettre (De Belleyme, *Ordon.*, t. 1<sup>er</sup>, p. 64; Demolombe, n° 449, *Sép. de corps*) au moins dans les cas exceptionnels.

β. Le tribunal ne peut agir d'office ; mais il peut accepter une convention intervenue entre les époux (arg. 280).

γ. L'intérêt des enfants étant le but, la décision du tribunal peut toujours être changée.

#### MODIFICATIONS INTRODUITES PAR LA LOI DU 18 AVRIL 1886

L'art. 4 de cette loi abroge les art. 253 à 274 du Code civil : l'art. 267 n'existe donc plus.

L'art. 1<sup>er</sup> (nouveau 238) le remplace ainsi : « Le juge

(c'est-à-dire le président du tribunal ou le juge qui en fait fonctions, art. 234) statue... sur la garde provisoire des enfants... »

Or, l'art. 307 (modifié) ajoute : « La séparation de corps sera intentée, instruite et jugée de la même manière que toute autre action civile; néanmoins les art. 236 à 244 lui seront applicables. »

La question de la garde provisoire est donc maintenant hors de discussion. Mais la question de la garde définitive ne l'est pas. Tout d'abord le système de M. Laurent est devenu insoutenable, par suite d'un *a fortiori* irrésistible. Restent par conséquent, le système de M. Demolombe et le système intermédiaire que nous avons soutenu. On nous dira peut-être : « Comment accepter votre conclusion? l'art. 267 est abrogé. » Cela est vrai : mais l'art. 238 qui le remplace a entendu ne transformer en rien les pouvoirs du juge : il s'est contenté de les placer en d'autres mains. L'article abrogé doit servir — c'est un usage constant que l'on aurait tort d'abandonner ici — à éclairer l'article nouveau dont la rédaction ne vaut pas la sienne (V. rapport du sénateur Labiche, passage relatif à l'article 238). Bien plus, l'introduction de cet art. 238 dans la procédure de la séparation de corps décide du triomphe de notre interprétation. Le chapitre v de la séparation se suffit désormais à lui-même. En réglant le contrôle du juge sur le pouvoir paternel au moment de la séparation provisoire de l'art. 236, il le règle



également au moment du jugement définitif de séparation. Ce qui fait la différence des deux situations, en effet, c'est le degré de stabilité de la décision et pas autre chose.

*Première remarque.* — Le droit de garde seul est enlevé au père par l'art. 267 ou 238 — comme on voudra. *Tous* les autres droits lui sont conservés. Cependant, s'il usait du droit de correction pour tourner le jugement, le président pourrait prendre sur lui de refuser l'ordonnance (cas de l'art. 376). Il faut bien que la justice ait le moyen de faire respecter ses arrêts.

*Deuxième remarque.* — M. Laurent examine (t. III, n° 256) les sanctions auxquelles le tribunal peut recourir pour faire remettre l'enfant à son gardien. L'exécution *manu militari* lui semble d'abord hors de doute. La saisie des revenus lui semble moins justifiable, car il n'y a pas dette. La peine pécuniaire, que les jugements font croître avec chaque jour de délai, lui paraît en contradiction avec la règle : *Nulla poena sine lege*, et avec cette autre règle qu'un préjudice purement moral n'est pas susceptible d'évaluation pécuniaire. Nous ne traiterons pas cette question qui n'offre, à notre avis, que peu d'intérêt. Autant nous comprenons la discussion, quand le juge veut empiéter sur la liberté du père, autant nous la comprenons peu, lorsqu'elle n'a d'autre but que de lui marchander, en quelque sorte, les moyens d'exécuter la sentence qu'il

a rendue conformément à la loi. C'est un point où la logique du raisonnement est moins à considérer que le caractère pratique des résultats.

*Troisième remarque.* — Le père devra contribuer à l'entretien et à l'éducation de son enfant. C'est contre lui (la femme devant faire entre ses mains les versements imposés par l'art. 1448) que sera dirigée l'action de l'art. 203. Elle peut être exercée, en effet. Celui à qui a été confié l'enfant en reçoit le pouvoir par le seul fait de sa désignation.

## SECTION II

### LA PUISSANCE PATERNELLE APRÈS LA DISSOLUTION DU MARIAGE

#### I. *Divorce.*

α. *Aucun des anciens conjoints n'est remarié.* — Nous avons vu, en étudiant la séparation de corps, les différentes mesures auxquelles peuvent donner lieu l'instance en divorce (art. 238 nouveau) et la prononciation du divorce (art. 302 remis en vigueur par la loi du 19 juillet 1884). Aux textes déjà cités, il convient de joindre l'art. 303 : « Quelle que soit la personne à laquelle les enfants seront confiés, les père et mère conserveront respectivement le droit de surveiller l'en-

retien et l'éducation de leurs enfants et seront tenus d'y contribuer en proportion de leurs facultés. »

C'est donc le simple droit de garde qui leur est enlevé, comme en matière de séparation de corps. Seulement, dans ce cas, le mariage subsistait et le père conservait le droit d'éducation (art. 373). Ici, le mariage est dissous (art. 227), et l'art. 303, en tirant la conséquence, constate que le droit d'éducation appartient également au père et à la mère. Il en est de même de tous les autres droits dont l'ensemble constitue la puissance paternelle : car l'art. 372 conserve seul son empire, « l'enfant est sous l'autorité de ses père et mère jusqu'à sa majorité ou son émancipation » (Laurent, t. III, n° 294). Le droit de correction, par exemple, peut être exercé par chacun d'eux tour à tour ; cependant, le jeu de l'art. 381 interdit à la mère d'en faire usage sans le consentement du père, puisqu'il lui faut le concours des deux plus proches parents paternels.

Mais il en résultera, dit-on, des conflits innombrables. Cela est vrai. Le juge sera chargé de les trancher. Il est fait pour intervenir dans les querelles des citoyens égaux et libres. Or, les anciens époux sont libres et égaux l'un vis-à-vis de l'autre.

Certains auteurs (Proudhon, t. I, p. 525 et s.), Toulhier (t. II, n° 749), Demolombe (t. IV, n° 449) ont essayé de soutenir que le père conservait la prépondérance après comme avant le divorce. C'est une erreur.

Le seul argument que l'on invoque est tiré de l'art. 148, « en cas de dissentiment (pour le mariage), le consentement du père suffit ». Ce n'est pas suffisant pour déroger à la rigueur des principes.

Donc il est faux de dire que la prépondérance appartient au père à raison de son sexe ; la prétention de Zachariæ (t. I, p. 271, éd. Massé et Vergé) de faire considérer comme mort l'époux contre lequel le divorce est prononcé, paraît insoutenable, puisque l'art. 302 suppose que l'enfant lui est confié ; l'organisation d'une tutelle n'est qu'une imagination de Delvincourt (*Instituts de Droit français*, t. I, p. 168). Il faut voir dans la loi ce qui y est : la conciliation par la justice de deux puissances paternelles.

β. L'un des anciens conjoints ou tous deux sont remariés.

Le droit de correction est modifié entre les mains du père, et détruit entre les mains de la mère.

Art. 380. « Si le père est remarié, il sera tenu pour faire détenir son enfant du premier lit, lors même qu'il serait âgé de moins de seize ans, de se conformer à l'art. 377 », c'est-à-dire de se contenter de l'emprisonnement par voie de réquisition.

Art. 381. « La mère survivante et *non remariée* ne pourra faire détenir un enfant qu'avec.... les formalités suivantes, ce qui *a contrario* lui interdit de le faire, si elle est remariée.

Les deux articles se réfèrent à l'hypothèse du décès;

nous les appliquons sans hésiter à l'hypothèse du divorce, car on ne voit pas la raison de distinguer entre les deux cas de dissolution du mariage prévus par l'art. 227. Si le Code a redouté la seconde femme d'un mari veuf, il n'a pu se faire illusion sur la seconde femme d'un mari divorcé.

La dissolution du second mariage par divorce ou par décès remet-elle le droit de correction dans son premier état ?

On discute la question ordinairement pour le cas de décès. L'affirmative admise par la majorité des auteurs (Toullier, t. II, n° 1058; Proudhon, t. II, p. 246; Zachariæ, t. III, p. 677; Vazeille, *Mariage*, t. II, n° 425; Marcadé, t. II, art. 375, n°s 2 et 3; Taulier, t. I, p. 484.) est repoussée par M. Demolombe (t. IV, n° 324) pour deux raisons : 1° d'abord on voit bien les textes qui modifient ou suppriment le droit de correction (380, 381), on cherche en vain ceux qui le rétablissent; 2° le motif de la loi — la crainte des marâtres — subsiste tout entier : la seconde femme meurt, son souvenir reste. Cet argument, encore assez plausible si le mariage est dissous par la mort, devient tout à fait mauvais lorsqu'il est dissous par le divorce. Mais le premier est fort sérieux (Ducaurroy, t. I, art. 380, n° 556).

## II. *Nullité du mariage.*

### MESURES PROVISOIRES

Jusqu'au jugement qui prononce la nullité, le mariage *existe* ; donc, en vertu de l'art. 373, le père exerce seul les droits de correction et d'éducation. Cependant lorsque l'action est intentée par l'un des époux, il se peut que la garde provisoire des enfants donne lieu à des difficultés analogues à celles qui se produisent en matière de divorce. Nous croyons que le tribunal pourrait les régler en se servant des pouvoirs à lui conférés par l'art. 267 ancien ou l'art. 238 nouveau.

### EFFETS DU JUGEMENT

Les époux peuvent être tous les deux de mauvaise foi, — tous les deux de bonne foi, — la bonne foi peut n'exister que chez un seul.

1° Dans le premier cas, les enfants sont incestueux, adultérins ou simplement naturels. Pour tous, leur acte de naissance vaut reconnaissance (1). Leur situation sera examinée plus loin.

(1) C'est un des cas où malgré les termes formels de l'art. 333, l'art. 762 trouve son application.



2° Dans le second, l'art. 201 nous dit formellement : « Le mariage qui a été déclaré nul produit néanmoins les effets civils, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants, lorsqu'il a été contracté de bonne foi.

Il y a ce qu'on appelle mariage *putatif*. La seule condition exigée est, on le sait, la *bonne foi*.

Les auteurs s'accordent à reconnaître qu'alors il y a plutôt dissolution qu'annulation du mariage (Laurent, t. II, n° 507 ; Zachariæ, *Cours de droit civil*, t. III, § 460, p. 247). L'analogie entre la situation des époux divorcés et celle des pseudo-conjoints est, en effet, frappante. « Le mariage ne produit aucun effet après le jugement d'annulation, dit Marcadé (*Cours élémentaire*, t. I. p. 522, art. 202, n° 3), mais les effets produits se maintiennent à perpétuité ». Que dirait-on de plus du divorce ? Aussi appliquerons-nous toutes les solutions déjà données. M. Demolombe maintient au père le droit de correction et d'éducation : ce qui suppose le mariage existant alors qu'il est dissous. Nous défendons au contraire l'égalité du père et de la mère, mais ici, comme nous n'avons pas de texte analogue à l'art. 302, le droit des tribunaux ne peut aller jusqu'à confier l'enfant à un tiers : ils doivent se borner à choisir entre ses deux auteurs.

3° « Si la bonne foi n'existe que de la part de l'un des deux époux, ajoute l'art. 202, le mariage ne produit ses effets civils qu'en faveur de cet époux et des enfants issus du mariage. » Il semble, au premier

abord, que tenu des obligations de l'art. 203, le conjoint de mauvaise foi ne puisse se prévaloir des droits du titre IX; pour l'usufruit légal, qui est un avantage, cela est certain. Mais l'état des personnes étant indivisible, l'enfant ne peut avoir un père légitime et une mère naturelle ou inversement. Nous retombons dans l'hypothèse de tout à l'heure.

### III. *Décès de l'un des conjoints.*

« L'enfant, dit l'art. 372, reste sous l'autorité de ses père et mère jusqu'à majorité ou son émancipation. »

Si l'un d'eux vient à décéder, l'autre exercera son autorité *seul*, mais toujours jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant. Si le père, notamment, meurt, la mère reprend l'exercice du droit dont pendant le mariage elle n'avait que la jouissance (art. 373).

Mais d'autre part l'art. 390 nous dit : « Après la dissolution du mariage, arrivée par la mort naturelle (ou civile) de l'un des époux, la tutelle des enfants mineurs et non émancipés appartient de plein droit au survivant », et l'art. 405 prévoit le cas où elle est déférée à un tiers.

Donc la puissance paternelle existe et aussi la tutelle. Les articles sont bien formels (372, 381, 384, 389, 390).

Le but de la puissance paternelle est d'élever l'enfant (372 et suiv., 203) et d'administrer ses biens (389).

Le rôle du tuteur, dit l'art. 450 « c'est de prendre soin de la personne du mineur et de le représenter dans tous les actes civils. »

Certes, à ne regarder que le droit de correction et le droit d'éducation, le pouvoir résultant de la puissance paternelle est autrement énergique que le pouvoir résultant de la tutelle.

Les art. 372 et suivants, ainsi que l'art. 381, donnent au père et à la mère un droit de correction, qui fait trouver bien faible le droit du tuteur, indiqué par l'art. 468 : « Le tuteur qui aura des sujets de mécontentement graves sur la conduite du mineur pourra porter ses plaintes à un conseil de famille, et s'il y est autorisé par ce conseil, provoquer la réclusion du mineur conformément à ce qui a été statué à ce sujet au titre de la puissance paternelle. »

Et pour le droit d'éducation, peut-on égaler au pouvoir discrétionnaire des père et mère, l'administration contrôlée du tuteur : « Lors de l'entrée en exercice de toute tutelle, dit l'art. 454, le conseil de famille (1) réglera par aperçu et selon l'importance des biens régis, la somme à laquelle pourra s'élever la dépense annuelle du mineur. »

(1) En matière de tutelle, le contrôle du conseil de famille entraîne le contrôle du tribunal (883, 889, C. pr.).

En outre, à la surveillance, s'ajoute la possibilité de la destitution. Art. 444 : « Sont exclus de la tutelle et même destituables, s'ils sont en exercice : 1° les gens d'inconduite notoire; 2° ceux dont la gestion attesterait l'incapacité ou l'infidélité. » Il y a loin de cette révocation toujours en suspens aux trois cas stricts de privation des droits paternels.

Comment concilier ces deux pouvoirs?

Deux cas sont à distinguer : 1° le survivant est tuteur; 2° le survivant n'est pas tuteur.

1° L'art. 390 nous apprend que c'est le cas normal.

Le survivant ayant le pouvoir paternel en usera suivant son sexe sous les conditions et dans les limites fixées par la loi. Exceptionnellement — et dans les cas prévus par les textes, — certains attributs de la puissance paternelle seront exercés par lui en tant que tuteur.

En ce qui concerne le droit de correction et d'éducation, son droit entier subsistera; car aucun texte ne le restreint, et, en dehors des textes, on ne saurait lui en enlever la plus petite partie sans lui enlever, en définitive, la puissance paternelle qu'il possède incontestablement.

D'où, pas de contrôle du conseil de famille, ni du subrogé-tuteur sur le père en tant que père. La mère elle-même, en sa qualité de mère, ne pourrait être soumise au conseil des art. 391 et 392. Elle ne pourrait pas être destituée conformément à l'art. 444; ni être déchue de plein droit en cas de convol (395).

Mais comme tuteur, le père et la mère seront soumis au conseil de famille et seront passibles de la destitution (l'art. 444 ne distingue pas).

Au point de vue du droit de correction et d'éducation, les conséquences de ce principe sont assez restreintes. Dans certains cas, l'art. 203 pourra recevoir une sanction. Supposons l'expulsion de l'enfant hors de la maison paternelle. La destitution s'en suivrait; et le tuteur nouveau, représentant légal de l'enfant, pourrait intenter cette action qui chôme si souvent, faute de capacité juridique, chez celui qu'elle doit protéger. La nomination du tuteur entraînerait aussi une certaine réglementation du droit d'éducation (art. 454).

Mais, est-ce à dire, comme Demolombè (t. VI, n° 378), « que si la tutelle sommeille en ce qui concerne la direction de l'enfant, elle est déjà née pourtant; elle existe; et le subrogé-tuteur et les membres du conseil de famille ont ordinairement le droit de dénoncer les abus et de provoquer les mesures de protection nécessaires en faveur du mineur. » On comprend que le principe de l'intervention des tribunaux une fois admis, on ait ici toute facilité d'en user, alors que l'inspection et la répression sont tout organisées. On comprend aussi que pour nous, partisan du système contraire, les moyens offerts nous tentent peu, puisque c'est le but lui-même que nous croyons anti-juridique (Laurent, t. IV, n° 521).

2° Si le survivant n'est pas tuteur (405), la puissance paternelle lui demeure; les attributs de la tutelle le quittent. Il aura la garde de l'enfant, sans qu'on puisse recourir aux articles 238 (nouveau) et 302 faits pour une autre hypothèse. Il dirigera son éducation, — sauf la restriction de l'art. 454, et notre remarque sur l'art. 203. Son droit de correction se conformera au titre IX. Les abus, s'il y en a, ne pourront amener aucune mesure de la part du juge, bien moins armé qu'en matière de divorce (V. Demol., t. VI, n<sup>os</sup> 386 et s.).

*Première remarque.* — En cas de second mariage, il suffit de se reporter à notre paragraphe du divorce. Toutefois, une différence est à noter. La mère remariée conserve le droit de faire détenir l'enfant conformément à l'art. 468.

*Deuxième remarque.* — Supposons que le survivant des père et mère soit en état d'absence, de folie ou d'interdiction légale. Ou bien, il est tuteur, et conformément à l'art. 142 en matière d'absence, il y a lieu à l'ouverture d'une tutelle provisoire, — parfois aussi d'une tutelle définitive, lorsqu'il est possible d'appliquer l'art. 444. Ou bien le tuteur est autre que le père et la mère. La tutelle s'exercera seule, tant que la puissance paternelle ne réapparaîtra pas.

Même solution dans les cas de déchéance de l'art. 335, § 2, Code pénal et la loi du 7 septembre 1874, — avec cette différence que les droits de correction et d'éducation ne pourront plus revivre.



## CHAPITRE IV

### JURISPRUDENCE

« Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, dit l'art. 5 de la Déclaration des Droits de l'homme, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas. » « La loi, ajoute l'art. 6, c'est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. »

Il nous faut étudier dans ce chapitre une catégorie de prescriptions dont la loi n'a jamais parlé, et qui ont été imposées par le corps judiciaire au mépris des formes constitutionnelles de l'ordre social nouveau. La force spontanée de la coutume que l'Assemblée de 89 croyait avoir déracinée a recouvert et détruit en partie l'édifice correct qui ne devait être modifié que sur la décision régulière de la souveraineté nationale. Elle a triomphé du texte légal, dont l'application stricte, substituée à l'équité de l'ancien régime,

avait été présentée dans la première ferveur comme un des bienfaits de la Révolution.

La justice, en dehors des articles des codes et lois nouvelles, a-t-elle un contrôle sur les droits paternels de correction et d'éducation? Telle était la question à résoudre.

Or, la justice seule pouvait la résoudre.

Il était facile de pressentir le sens de la réponse.

Dans notre examen du régime légal des droits paternels de correction et d'éducation, nous avons parcouru diverses hypothèses, qui, au point de vue du contrôle judiciaire, peuvent se diviser en deux catégories.

I. Le mariage subsiste dans son état normal; l'un des époux est absent, fou ou condamné : le mariage est dissous par le prédécès de l'un des conjoints. Dans tous les cas *il n'y a pas de contrôle vague et indéterminé* sur le pouvoir paternel.

II. Les époux sont séparés, divorcés ; la nullité de leur mariage (contracté de bonne foi) a été prononcée. *Le contrôle existe, mais ses limites sont nettement tracées.*

Quels sont les principes que la jurisprudence française oppose à ces deux propositions?

I. Elle a parfaitement saisi le point faible de la puissance paternelle du Code civil : c'est sa coexistence fortuite avec la tutelle (390), lorsque celle-ci mêlant ses règles aux règles du pouvoir du père et de la mère, introduit, grâce à la confusion qui en résulte, l'idée de

surveillance et même de destitution. Presque toutes les décisions judiciaires visent cette hypothèse, principalement dans le cas où la mère a survécu. Le consul Cambacérès avait bien raison de dire, lors de la discussion de l'art. 372 : « La question de savoir s'il y aura une puissance maternelle est nouvelle et mérite un sérieux examen. » Les femmes n'ont pas usé, avec toute la modération et la délicatesse désirables, du pouvoir que la galanterie des rédacteurs du Code leur avait libéralement octroyé. Nos recueils d'arrêts offrent par trop d'applications de cet art. 444 qui a été écrit pour réprimer ce qu'il appelle sans détour l'inconduite notoire. Ce serait un enseignement à retenir, si l'on était tenté d'entrer plus avant dans la voie de l'émancipation de la femme.

Quoi qu'il en soit, voici les différents droits que les tribunaux ont essayé d'opposer au pouvoir paternel et d'établir au-dessus de lui.

*Droit de l'enfant.* — Dans cette direction les essais ont été timides. Admettre l'enfant mineur à plaider surtout contre son père, pour obtenir du juge l'autorisation de se retirer de la maison paternelle, est un trait d'audace dont peu de tribunaux ont voulu accepter la responsabilité. L'arrêt de la Cour d'appel de Caen, du 31 décembre 1844, que l'on cite ordinairement comme concluant en ce sens, reconnaît seulement ce droit sans y recourir et encore le limite-t-il aux mesures provisoires. Une jeune fille s'était ensuie du domicile

de son père, pour échapper, disait-elle, aux humiliations et aux violences dont elle était l'objet. Elle adressa une requête au président du tribunal pour demander aide et protection. Le père riposta en disant que sa fille n'ayant pas de représentant légal ne pouvait plaider. Deux jugements intervinrent; l'un ordonnant la convocation du conseil de famille (1), (le père était veuf), à l'effet de nommer un subrogé-tuteur; l'autre permettant à la jeune fille de se retirer provisoirement dans une maison religieuse. Dont appel. La Cour ordonna à la mineure, dont la résidence était toujours inconnue, de rentrer chez son père : « Considérant que si la demoiselle D... avait des prétextes raisonnables et légitimes de se plaindre de la conduite de son père envers elle, elle devait avant de sortir, ou à l'instant même de sa sortie, s'adresser *à la justice pour être autorisée à se retirer dans le lieu qui lui aurait été indiqué* » (Sirey, 1809-1811 à la date). Cette tendance à admettre le recours direct de l'enfant aux magistrats, alors qu'il n'a pas l'exercice des droits civils, se manifeste aussi dans une affaire plaidée devant la Cour de Bastia, le 31 août 1826 (Sirey, 1825-1827 à la date). « Considérant, disait l'arrêt, qu'on ne saurait écarter l'intervention en cause de la dite demoiselle, sur le fondement qu'elle n'est pas assistée de son tuteur,

(1) L'ordre du tribunal ne vaut que comme simple dénonciation du juge de paix (406). V. aff. Balby, Cass., 11 août 1818; S., 1815-18.

parce que s'agissant de fixer le lieu de la demeure dans le domicile de son tuteur, et d'employer les moyens coercitifs pour l'y contraindre, elle a droit par la nature et l'importance du fait, de *réclamer directement l'autorité de la justice.* »

*Droit de la mère.* — Le *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse* (année 1873, p. 138) cite un jugement du tribunal civil de Lyon, qui a considéré comme injure grave le fait d'élever l'enfant en dehors de toute croyance religieuse. La Cour de cassation qui reconnaît la souveraineté d'appréciation des Cours d'appel (V. notamment arrêt du 14 janvier 1861), ne peut s'opposer à la création de cette nouvelle cause de séparation et de divorce. Encore cette décision du tribunal de Lyon a-t-elle une apparence de procédure régulière. Que dire, par exemple de l'arrêt que la Cour de Paris, a rendu le 10 juillet 1855? (Sirey, 1855, II, 677). Deux époux hollandais, régis par une législation semblable à la nôtre, ce qui écarte toute question naissant de la diversité des statuts, s'étaient séparés de fait, et l'enfant avait été laissé à la mère. Le père voulut le reprendre; ce qui était incontestablement son droit. La Cour ne voulant point trancher la question — qui se posait entre étrangers — répondit qu'en attendant la décision des tribunaux compétents, « *l'intérêt de l'enfant* » était le guide souverain, et que l'enfant devait être provisoirement confié à la mère.

*Droit des aïeuls.* — Ici la Cour de cassation est in-

tervenue à plusieurs reprises : d'abord par un arrêt du 8 juillet 1857 (S., 1857, 1, 721), puis par deux arrêts consécutifs du 12 et du 26 juillet 1870 (S., 1871, 1, 28), elle a reconnu aux aïeuls un droit assez mal défini, que le père — dont l'autorité est absolue en principe — ne peut méconnaître en règle générale sans commettre un abus et sans tomber par conséquent sous le contrôle judiciaire. Il y a donc une tentative de combinaison entre « l'autorité du père, l'intérêt de l'enfant, et la réciprocité des droits et des devoirs établis entre eux et leurs autres ascendants par la loi morale et la loi civile. » Les ascendants ont le droit de visiter leurs petits-enfants ; mais jamais ils ne pourraient prétendre à ce qu'on les leur confie pendant un temps plus ou moins long.

Les Cours d'appel — sauf une seule qui avait résolu-ment reconnu « que les motifs de la détermination du père ne devaient pas être examinés » (Cour de Montpellier, 16 fév. 1855; S., 1857, 1 721) et une autre qui avait abouti à la même conclusion, mais en termes moins formels (Cour de Nîmes, 10 juin 1825; S., 26, 2, 161) — avaient été presque unanimes. La décision de la Cour suprême n'est pas faite pour rompre leur accord. Si l'on parcourt les arrêts du 21 avril 1853 (Paris, S., 1853, 2, 161), du 13 juin 1860 (Bordeaux, S., 1861, 2, 75), du 27 juin 1864 (Alger, S., 64, 2, 288), du 27 juin 1867 (Paris, S., 68, 2, 70), du 16 juillet 1867, (Bordeaux, S., 68, 2, 70), du 28 mai 1868 (Nancy, S.,



68, 2, 302), du 8 décembre 1884 (Bourges, S., 1885, 2, 156), du 2 juillet 1885 (Paris, S., 1885, 2, 156), on voit qu'ils ne sont séparés que par des différences qui tiennent aux circonstances du procès. Un arrêt de la Cour de Paris (14 août 1869, S., 69, 2, 267) avait autorisé les grands-parents à emmener leur petit-fils chez eux pendant une partie des vacances. C'était dépasser de beaucoup le simple droit de visite de la Cour de cassation. Le système n'a pas fait école. Un arrêt de Bordeaux (27 février 1874; S., 74, 2, 216) avait été plus radical. Il avait renversé les rôles. Le droit d'éducation était reconnu à l'aïeule; et le père ne conservait plus que le droit de visite, « attendu qu'il n'est pas méconnu que les tribunaux peuvent, suivant les circonstances, modérer et même restreindre dans l'intérêt des enfants les droits de la puissance paternelle. » C'est une décision d'espèce qui a subi l'influence d'une situation toute spéciale. Elle n'a pas eu d'imitateurs.

Les aïeuls et aïeules ont donc actuellement un droit de visite, et pas autre chose. Toute convention passée avec le père et la mère qui réglerait l'éducation de l'enfant, est nulle comme contraire à l'ordre public (Cour de Grenoble, 11 août 1854; S., 1854, 2, 583. Cass., 5 mars 1885, 1885, 1, 283). La même raison ferait réputer non écrite la clause d'un testament, par lequel l'aïeul enlèverait au père, pour la confier à une tierce personne, l'administration de la personne de l'enfant (Cour d'Orléans, 5 fév. 1870, S., 70, 2, 257).

*Droits du tuteur et du conseil de famille.* — Ils sont en l'espèce intimement confondus. Qui l'emportera du pouvoir paternel ou du pouvoir tutélaire, lorsqu'ils sont en présence ? — Le conseil de famille en destituant le conjoint survivant de la tutelle pourra-t-il le priver pour inconduite notoire de la garde des enfants ? N'est-ce pas là en réalité une seule et même question, puisqu'une réponse affirmative à la seconde suppose évidemment une réponse affirmative à la première ?

Bien que le premier énoncé du problème se trouve dans un arrêt de la Cour de Bastia du 31 août 1826 (S., 1825-27) — arrêt qui fait dépendre le choix de l'intérêt de l'enfant — c'est ordinairement sous la seconde forme qu'on le rencontre.

Trois arrêts de la Cour de cassation ont donné une solution identique : le premier du 3 mars 1856 (S., 1856, 1, 408), le second du 15 mars 1864 (1864, 1, 155), le troisième du 27 février 1879 (S., 1877, 1, 464).

L'arrêt du 3 mars 1856 a très nettement indiqué que la perte du droit de surveillance n'entraînait pas la perte « des autres droits inhérents à la puissance paternelle, tels que celui de donner ou de refuser son consentement au mariage ou à l'adoption de ses enfants ou le droit de les émanciper. » Les considérants de l'arrêt du 15 mars 1864 sont irréprochables au point de vue de la netteté : « Attendu que la mesure admise par la Cour impériale relativement aux enfants n'est que la conséquence nécessaire et logique de sa desti-

tution de la tutelle et des raisons qui l'ont justifiée — que si le droit des père et mère à la garde et à la surveillance de l'éducation de leurs enfants est, en général, un attribut de la puissance paternelle, l'intérêt des enfants est le principal motif qui doit déterminer l'exercice ou la restriction de ce droit. » Les mêmes éloges peuvent être adressés aux considérants de l'arrêt du 27 janvier 1879 : « Attendu que la puissance paternelle établie surtout dans l'intérêt de l'enfant n'est pas absolue ; qu'il appartient aux tribunaux d'en restreindre l'exercice, quand matériellement ou moralement cet intérêt est en péril. »

Les arrêts des Cours d'appel n'ont pas contesté cette théorie. Nous la retrouvons dans un arrêt du 25 novembre 1830 — il s'agissait ici du père — (Toulouse) ; puis dans des arrêts du 15 février 1811 (Poitiers, S., 1809-1811), du 5 avril 1827 (Lyon, S., 1825-27), du 9 mars 1854 (Paris, S., 1854, II, 318), du 19 mars 1854 (Caen, S., 1854, II, 713), qui tous ont admis au moins la possibilité de la destitution. Il convient d'y joindre le jugement du tribunal civil d'Orléans dans l'affaire Goetschy (*Droit*, n° 24 janvier 1856). Le père tuteur de ses enfants voulait les forcer à abjurer le catholicisme. Le conseil de famille pouvait-il le destituer et lui enlever ses enfants ? Le tribunal décida qu'en fait il n'y avait pas lieu de recourir à cette mesure extrême, le changement de religion ne pouvant constituer un de

ces abus, pour lesquels l'intervention de la famille doit se réserver.

Nous avons étudié jusqu'ici les droits du tuteur et du conseil de famille lorsque la puissance paternelle et la tutelle coexistent. Mais jusqu'où s'étendent-ils, d'après la jurisprudence, lorsque la puissance paternelle seule existe, le mariage durant encore? Deux arrêts: Paris, 29 août 1825 (S., 1825-27) et Cassation (1830, S., p. 156), ont admis que le pouvoir du père était absolu, et que le conseil de famille ne pouvait lui enlever que l'administration légale. Une distinction s'impose, disait le tribunal de Reims (dont le jugement fut confirmé par la Cour de Paris), entre la puissance paternelle et l'administration légale: « Les droits de la puissance paternelle ont leur source dans la nature et sont confirmés par la loi; ils ne peuvent être détruits que par la mort naturelle (ou civile), ou dans tous les cas déterminés par la loi; il n'en est pas de même du droit purement légal accordé au tuteur d'administrer la fortune des mineurs; il peut et doit être retiré, s'il en est fait abus et dans les cas prévus par l'art. 444... Cette distinction établie par l'esprit et la lettre de la loi l'est encore par la classification qui en a été faite au Code civil, où l'on trouve la puissance paternelle réglée dans le titre IX et la minorité et la tutelle dans le titre suivant. »

Si l'on pouvait admettre la destitution de l'adminis-

tration légale, toute la question des sanctions de l'article 203 serait résolue. Rappelons-nous, en effet, que l'art. 203 donne au mineur une action contre son père et que le père seul a le droit d'exercer. Cette action se trouve dans le patrimoine du mineur. Le père qui ne remplirait pas ses obligations pourrait être destitué comme administrateur incapable ou infidèle (444) et le tuteur nommé à sa place agirait contre lui. Cette conséquence qui paraît rigoureuse n'a pas été tirée par la jurisprudence, du moins à notre connaissance. Elle serait d'ailleurs mauvaise au point de vue de l'interprétation juridique comme est mauvais le principe d'où elle est déduite.

Le pouvoir paternel, pendant le mariage, a donc été à peu près respecté par les tribunaux.

*Droit des tiers.* — On se demande au premier abord comment les tiers pourraient avoir un droit sur l'enfant. L'art. 374 du Code civil ne dit-il pas : « L'enfant ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père. » L'art. 354 du Code pénal ne punit-il pas de la réclusion le détournement de mineur ? Aussi n'y a-t-il pas dans la jurisprudence de décision qui dépouille le père au profit d'un étranger. Un jugement du tribunal de la Seine du 13 septembre 1872 (S., 72, 2, 312), tout en ordonnant au tiers de remettre l'enfant, a insinué qu'il en serait peut-être autrement « si des reproches étaient allégués contre la mère, et si elle n'avait pas été maintenue dans la tutelle légale. » Il y a là

une restriction grosse de résultats. La Cour de Nancy, presque en même temps, statuait conformément à la loi en accordant au père des dommages-intérêts contre ceux qui avaient recueilli l'enfant (Nancy, 25 janvier 1873; 73, 2, 255). Mais le symptôme le plus grave est contenu dans un arrêt de la Cour de Paris (*Bulletin de la Société de Législ. comp.*, 1880, p. 135). Une personne honorable qui avait recueilli par charité une petite italienne a obtenu de garder l'enfant, malgré les réclamations de ses père et mère. Sans doute, il s'agit d'une contestation au sujet d'une enfant étrangère, et l'art. 221 du Code italien donne ce droit aux tribunaux. Il n'en est pas moins vrai que les magistrats du commencement du siècle auraient considéré cette disposition comme contraire à l'ordre public et ne l'auraient pas appliquée. Il semble aujourd'hui tout simple d'incliner le pouvoir paternel devant les prétentions de bienfaiteurs plus ou moins intéressés (1).

*Nota.* — Par suite des règles du mandat et de la gestion d'affaires, les tiers qui ont fourni des aliments à l'enfant pourraient rentrer dans leurs déboursés (voyez entre autres Lyon, 23 août 1831, S., 32, 2, 429); un arrêt du 15 janvier 1811 (S., 11, 2, 317), excepte le cas où l'enfant a quitté la maison paternelle contre la volonté de son père.

*Droit du ministère public.* — Peut-il convoquer le

(1) V. affaire Lenoir, *Correspondant*, 25 fév. 1884, Lacointa.



conseil de famille? Un arrêt de la Cour de cass. (11 août 1818, S., 1815-18) a décidé le contraire, — il s'agissait d'un interdit — en se fondant sur l'art. 2 de la loi du 24 août 1790 ainsi conçu : « Au civil, les commissaires du roi exerceront leur ministère non par voie d'action, mais seulement par celle de réquisition, dans les procès dont les juges auront été saisis, » et l'article 46 de la loi du 20 avril 1810.

*Droit direct du tribunal.* — Les tribunaux, lorsque la dissolution du mariage a été précédée d'une séparation ont essayé de maintenir contre l'époux survivant l'application de l'art. 302, qu'ils étendent indûment à la séparation de corps. La Cour de Paris avait statué en ce sens en 1883 (S., 1883, 2, 219). La Cour de cassation a mis à néant ce système par ce raisonnement très simple (Cass., S., 1885, 1, 80) : « Les effets de la séparation de corps ne sauraient survivre à la dissolution du mariage par le décès de l'un des époux ; par suite, le droit de garde reconnu à une tierce personne en vertu de l'art. 302 s'évanouit avec la séparation elle-même ; et la mère survivante se trouve investie de la puissance paternelle et de la tutelle à l'égard des enfants mineurs. »

II. *Séparation, divorce, nullité de mariage.* — Lorsque le contrôle souverain de la justice est admis là où la loi avait établi la souveraineté de la puissance paternelle, on ne doit pas s'étonner de l'entendre proclamer là où il y a dans les textes une certaine indé-

cision. L'art. 302 est appliqué couramment à la séparation de corps ; et les arrêts sont tellement répétés qu'on ne saurait les citer tous (Cass., 28 juin 1815 ; S., 1815, 1, 380. Cass., 24 mai 1821 ; S., 1821, 1, 333. Cass., 13 juin 1841 ; S., 1841, 1, 289. Cass., 17 juin 1845 ; S., 1846, 1, 52, etc., etc.). La jurisprudence a fort bien reconnu d'ailleurs que le fait de la remise de l'enfant à la mère ou à un tiers n'entraîne point la déchéance du père (V. Cass., 29 avril 1862 ; S., 1862, 1, 945. Cass., 29 juin 1868 ; S., 1868, 1, 401), mais qu'il ne peut user des droits qui lui restent pour empêcher l'exécution de la décision judiciaire (Cass., 4 avril 1865 ; S., 1865, 1, 257). Les conventions conclues par les époux au sujet de la garde des enfants doivent être ratifiées (Cass., 6 février 1865 ; S., 1865, 1, 58). Toutes décisions sont d'ailleurs provisoires et peuvent toujours être modifiées (Cass., 1884, 1, 116, 424).

Point de difficulté en matière de divorce ou de nullité du mariage. Le contrôle des tribunaux s'y exerce plus que jamais sur les droits paternels de correction et d'éducation.

---

## CHAPITRE V

### DU CONTROLE DE LA JUSTICE SUR LES DROITS PATERNELS DE CORRECTION ET D'ÉDUCATION A L'ÉGARD DES ENFANTS NATURELS

L'enfant naturel a été soumis à des régimes bien divers suivant les époques. Par rapport à l'enfant légitime, sa situation a varié depuis l'opposition la plus complète jusqu'à l'identification absolue. Au moyen âge, il est traité comme un être inférieur, frappé d'incapacités civiles (V. Viollet, *Précis*, p. 390). Avec la Révolution et la loi du 12 brumaire an II, il remonte brusquement au niveau de son rival. Dans le lointain de l'histoire romaine, à l'époque classique, triomphe une solution intermédiaire. Vis-à-vis de son père, l'enfant naturel est un étranger ; vis-à-vis de sa mère, il est l'égal de l'enfant légitime (1). C'est encore une solution intermédiaire qu'a consacrée le Code civil. Vis-à-

(1) V. Paul Gide, *De la condition de l'enfant naturel et de la concubine dans la législation romaine*. — Consultez aussi Mispoulet, *Nouvelle revue historique*, 1883, p. 43.

vis de son père, comme vis-à-vis de sa mère, il se trouve dans une situation très analogue, à celle de ses frères nés pendant le mariage, bien qu'elle soit moins avantageuse. C'est ainsi que le législateur français a cru devoir mettre en pratique l'idée qu'a introduite le christianisme : sévérité par haine du concubinage, protection par sentiment d'humanité (Gide).

La puissance paternelle doit-elle exister sur les enfants naturels ? Le Code s'est décidé pour l'affirmative, Boulay s'en était cependant effrayé. « Il aurait voulu, nous dit Loqué (t. VII, p. 37), que la puissance paternelle se bornât aux enfants légitimes, attendu qu'elle dérive du mariage. » Tronchet lui répondit « que la naissance seule établit des devoirs entre les pères et les enfants naturels, que ces enfants doivent être sous une direction quelconque, qu'il est donc juste de les placer sous celle des personnes que la nature oblige à leur donner des soins. » Ces raisons qui décidèrent les conseillers d'État du premier consul ne satisfont pas encore d'excellents esprits. « Il ne devrait pas y avoir de paternité véritable, c'est-à-dire de relations de père à fils, en dehors du mariage », nous dit M. Léon Lallemand dans son *Histoire des enfants abandonnés et délaissés*. La reconnaissance telle qu'elle est tracée par l'art. 384, et la recherche de la maternité telle que l'art. 341 l'a organisée, ont-elles des conséquences si favorables à l'enfant naturel ? Nous ne parlons pas seulement de la difficulté où il se trouve de se débarrasser

des reconnaissances par spéculation (V. Lallemand, p. 651). La suppression de la recherche de la paternité, — cette lacune législative dont on commence à saisir l'importance, — n'est-elle pas un corollaire inévitable de la situation où le jugement mettrait le bâtard? C'est du jour où « l'enfant naturel a été mis à peu près sur le pied de l'enfant légitime », fait fort bien remarquer M. Viollet (*Précis*, p. 392), que les anciennes pratiques « parurent à juste titre effrayantes ». On avait voulu trop protéger. Qu'arriva-t-il? « Le sort de la femme et de l'enfant fut abandonné à la générosité du père. » Les droits de l'enfant naturel, la puissance paternelle, sous laquelle on l'a placé, lui profitent donc moins qu'on ne le pourrait croire. Par contre, l'assimilation a été désastreuse pour le père légitime. La puissance paternelle véritable a souffert des abus qu'entraîne forcément après elle la remise de tels pouvoirs à la fille-mère ou aux concubins. Les faits divers et les anecdotes que les journaux recueillent si précieusement n'ont d'autres héros, en général, que des pères et mères naturels. On le cache avec soin, et l'on en fait le point de départ de réflexions indignées sur la perversité des parents. Tous ces récits peuvent être de bons canevas de mélodrames; ce sont de mauvaises raisons. On ne peut pas tirer un argument contre l'organisation de la famille légitime d'actes coupables qui se commettent en dehors de la famille légitime même. — Voilà le pire des inconvénients de ce travestissement de la puis-

sance paternelle, qui donne les prérogatives d'une autorité redoutable à toute une classe de gens où l'indignité n'est pas l'exception. Nous ne devrions pas tolérer dans nos lois ce déguisement injurieux qui permet à l'immoralité et à l'infamie d'attirer le mépris et la colère publics contre l'institution maîtresse de notre constitution sociale.

La puissance paternelle sur les enfants naturels devrait être remplacée par les deux seuls droits qu'une législation humaine et morale doit reconnaître aux bâtards (1) : 1° le droit aux aliments; 2° la réserve successorale consistant en une pension alimentaire. Ces droits seraient établis par la reconnaissance du père et de la mère, reconnaissance bien différente de l'ancienne, puisqu'elle n'apparaîtrait plus que comme l'aveu d'une dette. Si l'aveu ne venait pas de son plein gré, la preuve en justice pourrait être faite contre le père aussi bien que contre la mère. Il ne s'agirait plus de faire rentrer un enfant dans une famille, en effet, mais de sanctionner une simple obligation (Comp. Lallemant, p. 652). Voilà la seule intervention judiciaire que nous voudrions voir entre l'enfant naturel et ses auteurs. Le Code civil n'a pas suivi ce système. Toutes les questions que nous avons discutées en nous occupant des enfants légitimes se retrouvent l'une après l'autre. Là où le contrôle des tribunaux

(1) C'est le système anglais, sauf la réserve.



était réclamé, il l'est encore, mais avec tant de raisons pratiques que la résistance n'est plus possible qu'en théorie.

#### § 1. *Des enfants naturels simples.*

α. L'enfant a été reconnu par un seul de ses auteurs.

Des deux puissances paternelles : 1° celle qui dure jusqu'à la majorité ou à l'émancipation et 2° celle qui continue pendant toute la vie du père ou de la mère (Demolombe, t. VI, n° 607), nous n'examinerons que la première, la seule dont le Code parle formellement et aussi la seule qui rentre dans notre sujet.

Le droit de correction et le droit d'éducation existent-ils au profit du père ou de la mère naturels ?

Pour le droit de correction nous avons une réponse qui paraît claire. Art. 383 : « Les art. 376, 377, 378 et 379 seront communs aux pères et aux mères des enfants naturels légalement reconnus. »

Pour le droit d'éducation, il faut suppléer au texte par le raisonnement.

*Droit de correction.* — De grosses controverses ont été engagées sur l'art. 383. Faut-il y voir l'assimilation entre le droit de correction sur les enfants légitimes et les enfants naturels ? Faut-il y voir un droit spécial ? Les solutions absolues ont leurs partisans et une transaction a été proposée.

*Premier système.* — Le projet du titre IX portait : « Les articles du présent titre seront communs aux père et mère des enfants naturels légalement reconnus. » Cette rédaction bien que supprimée est le vrai commentaire de l'art. 383 (V. Locré, t. VII, p. 14). Donc : le père naturel marié avec une autre femme que la mère de ses enfants naturels ne pourra les faire détenir que par voie de réquisition ; la mère ne pourra jamais exercer son droit que conformément à l'art. 381 — les deux parents étant remplacés par deux amis — enfin, l'enfant qui aura des biens personnels ou exercera un état jouira des garanties de l'art. 382. C'est l'intention des rédacteurs, puisque l'orateur du gouvernement a exprimé son avis dans ce sens ; les raisons de se décider étaient les mêmes : si les parents légitimes doivent être suspectés, peut-on assez redouter les parents naturels ? Quant aux termes restrictifs de l'article 389, leur effet est détruit par cette considération qu'on ne peut s'en tenir aux quatre articles cités et qu'on est bien forcé d'appliquer aux enfants naturels les art. 371 et 372 (Demolombe, t. VI, n° 645 ; Valette sur Proudhon, t. II, p. 250, n. *α.* ; Marcadé, t. VI, art. 383, n° 2 ; Duranton, t. I, art. 383, n° 561).

*Deuxième système.* — (Ducaurroy, t. I, art. 383, n°s 561, 562.) L'art. 382 s'applique : les motifs de la loi l'exigent, mais non les art. 380, 381 ; car des relations illicites ne peuvent avoir mêmes effets que le mariage.

*Troisième système.* — Les art. 380, 381, 382 sont inapplicables. En effet, que dit le texte : « Les art. 376, 377, 378, 379 sont communs aux pères et mères naturels », et le tribun Albisson l'explique : « *Quatre* des dispositions du titre IX, clairement désignées, sont communes aux pères et mères des enfants naturels » (Locré, t. III, p. 344). Si l'on veut appliquer les art. 380, 381 et 382, il faudra y ajouter évidemment les art. 384 et suivants. Or c'est une conséquence devant laquelle on recule : on s'accorde à reconnaître que les père et mère naturels n'ont pas la jouissance légale. D'ailleurs ces art. 380, 381 et 382, qui organisent tout un système de protection en faveur de l'enfant légitime, se comprennent moins quand il s'agit d'enfant illégitime. Il est déjà bien heureux d'avoir été reconnu ; — le législateur ne voyait que les avantages de son institution de la reconnaissance — le père (ou la mère) qui l'a accepté comme sien a prouvé par là même son affection. La loi peut avoir pleine confiance dans l'usage qu'il fera de son pouvoir. La vigueur de son droit de correction compensera peut-être le manque d'autorité morale qui résulte de sa situation.

La mère aurait donc le droit d'employer la détention par voie d'autorité ; les deux amis seraient inutiles ; les biens personnels n'auraient pas d'influence, et il ne faudrait pas tenir compte du mariage (Laurent, t. IV, 357 ; Proudhon, t. I, p. 248, 249 ; Duranton, t. III, n° 360 ; Zachariæ, t. I, p. 484, 485).

*Droit d'éducation.* — L'art. 203, par sa rédaction, semble écarter les enfants naturels. Le quasi-contrat de paternité naturelle donne cependant naissance à des obligations analogues que le texte suppose évidemment. Voyez l'art. 762. La réserve des enfants adultérins et incestueux ne peut dépasser de simples aliments. « La loi ne leur accorde que des aliments », dit l'article. Mais si les héritiers du père et de la mère trouvent dans le patrimoine du défunt cette dette alimentaire, c'est qu'elle y existait déjà. Et les enfants naturels ordinaires qui, d'après ce même art. 762, sont traités plus favorablement que les enfants adultérins et incestueux, ne peuvent être placés dans une situation inférieure. On pourrait arriver ainsi à établir tant bien que mal l'obligation de nourrir et d'entretenir ses enfants naturels. L'obligation d'élever y est habituellement ajoutée, bien qu'on doive la chercher dans l'art. 203, évidemment inapplicable à l'enfant naturel : « Les droits des enfants naturels, dit en effet l'art. 338, seront réglés au titre des successions » (Laurent, t. III, n° 57). L'équité s'impose ici aux esprits qui y résistent le plus d'ordinaire (Demol., t. IV, n° 16).

L'action sera exercée par le tuteur de l'enfant; on admet en général l'ouverture de la tutelle, dès que l'enfant a des biens ou un intérêt pécuniaire à faire valoir.

Voilà ce qui arrivera en cas d'inexécution des obligations de l'art. 203. Mais en cas d'abus, le contrôle

de la justice pourra-t-il enfin se manifester? Les arguments *a fortiori* ne manquent pas, on le comprend, aux partisans de l'intervention. Nous leur avons donné raison au début de ce chapitre, mais au point de vue social. Juridiquement, ils seront encore battus. Ils ont beau objecter le silence du Code et l'art. 4, la raison, l'équité, l'intérêt de l'enfant (Demol, t. VI, n° 624), et affirmer le droit discrétionnaire de contrôle des tribunaux, qui irait jusqu'à pouvoir remettre l'enfant à un tiers, même sur le simple désir d'un donateur ou d'un testateur généreux. La puissance paternelle sur les enfants naturels, calquée sur la puissance paternelle légitime, est comme elle d'ordre public. Les dons et legs n'ont pas de prise sur elle ; les tribunaux non plus (Laurent, t. IV, n° 350).

Il est cependant une hypothèse où leur pouvoir est indéniable.

β. C'est celle où l'enfant a été reconnu par son père et par sa mère. Auquel des deux appartiennent les droits de correction et d'éducation?

A tous les deux (383).

Mais l'un d'eux n'aura-t-il pas seul l'exercice de ces droits?

*Première opinion.* — Évidemment; et ce sera le père.

Si les concubins vivent ensemble, la nécessité l'imposera (Valette sur Proudhon, t. II, p. 218, n. a.).

S'ils sont séparés, comme il faut que quelqu'un

l'emporte, le privilège du sexe fort fera pencher la balance du côté du père. C'est lui qui décide en matière de mariage (art. 148, applicable aux enfants naturels en vertu de l'art. 158). L'art. 302, que le système contraire invoque, suppose un procès : or, ici, il n'y en a pas. Quels dangers pourrait-il en résulter avec le droit de contrôle des tribunaux (Marcadé, t. II, art. 383, n° 2; Zachariæ, t. IV, p. 85; Taulier, t. I, p. 488; Demolombe, t. VI, n° 629) ?

*Deuxième opinion.* — Le père et la mère ont tous deux (art. 383) l'exercice et la jouissance du pouvoir paternel. S'ils étaient mariés, l'art. 214 courberait la volonté de la femme devant celle de l'homme. Mais ils ne le sont pas. Exactement dans la même situation que les époux divorcés, ils seront soumis aux mêmes règles. Le tribunal accordera leurs deux volontés contradictoires (Laurent, t. IV, n° 348; Toullier, t. II, n° 1076; Duranton, t. III, n° 360; Demante, *Cours analy.*, t. II, p. 189, n° 128 *bis*). Seulement, il ne pourrait pas, comme au cas de l'art. 302, remettre l'enfant à une tierce personne. C'est un pouvoir spécial que les principes généraux n'ont pas amené à eux seuls.

## § 2. *Enfants naturels adultérins et incestueux.*

L'art. 383 ne s'applique qu'aux enfants naturels « légalement reconnus ». Or, la reconnaissance lé-



gale « ne peut avoir lieu au profit des enfants nés d'un commerce adultérin ou incestueux » (art. 335). Donc leurs père et mère n'ont aucun droit sur leur personne (Demolombe, t. V, n° 597 ; t. VIII, n° 370 ; Aubry et Rau, IV, p. 726). M. Laurent pense que la puissance paternelle — ce devoir de protection — s'étend même aux enfants adultérins et incestueux (t. IV, p. 529).

Ces enfants peuvent réclamer par leur tuteur — la tutelle est constituée d'office — l'exécution des obligations analogues à celles de l'art. 203 qui se déduisent de l'art. 762.

Soumis à la tutelle, ils ne connaissent pas les droits paternels de correction et d'éducation.

#### JURISPRUDENCE

Le droit de contrôle des tribunaux se trouve ici sur un terrain trop favorable pour ne pas avoir triomphé. Une sentence du Châtelet (27 juillet 1758) intervenant entre l'acteur Person et sa concubine (Nouveau Denisart, au mot *bâtard*) remet l'enfant à sa mère, ce qui serait encore fort juridique (1) ; un arrêt du Parlement de Paris du 4 septembre 1782 confie à un tiers l'enfant d'une fille Rey, ce qui à notre avis ne le serait plus.

(1) En général, l'éducation des enfants naturels était confiée à la mère (Ferrières, *Traité des tutelles*, p. 24). V. Merlin au mot *éducation*.

C'est pourtant dans le même sens qu'ont statué nombre d'arrêts. La Cour de Caen (27 août 1828, S., 1830, 2, 145); la Cour de Paris, 4 juillet 1836 (S., 1838, 2, 444) ont proclamé que la puissance paternelle naturelle, moins forte que la puissance paternelle légitime est encore plus sujette aux appréciations du magistrat. Les communications des père et mère et de leur enfant peuvent même être réglées par jugement (Trib. civil de la Seine, 15 mars 1882; Arrêt de la Cour de Paris du 19 mai 1882)(1). « Considérant, dit l'arrêt, que l'accomplissement de ces devoirs naturels suppose lui-même le droit par le père et la mère d'entretenir avec leur enfant les relations nécessaires que la nature a créées, sauf les cas d'indignité que la *justice est chargée d'apprécier*. » Cette théorie a poussé la Cour d'Amiens à reconnaître la validité d'une clause de testament qui avait imposé un gardien à l'enfant naturel » (12 août 1837, S., 1838, II, 157). C'est là d'ailleurs une décision moins aventureuse qu'elle ne le semble. Il n'y a pas de raison de s'arrêter, le principe du contrôle une fois admis.

(1) S., 1882, 2, 164.

---

## CHAPITRE VI

### LÉGISLATION COMPARÉE

L'étude de la législation comparée nous servira de transition à l'étude des projets. Elle est devenue en effet une mine féconde en arguments. Avant de tracer le plan de réorganisation de la puissance paternelle que nous verrons plus tard, M. Pradines, substitut du procureur général à la Cour de Paris, a publié, pour préparer l'opinion publique, un exposé de l'état de la question dans les principaux pays de l'Europe (1). Il n'a pas oublié de mettre au début même de son travail, cette réflexion qui en révèle la pensée conductrice : « Les législations étrangères, qui ne se sont pas inspirées du droit français, se distinguent incontestablement par un respect moins étroit de la puissance paternelle. Il en est peu qui ne se soient affranchies des traditions du droit romain, et si beaucoup d'entre elles

(1) *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1880, février, p. 113.

n'ont pas fixé l'âge de la majorité de l'enfant plus tôt que le Code civil et n'ont prononcé l'émancipation qu'à vingt-cinq ans, presque toutes, du moins, ont été plus soucieuses en cette matière de l'intérêt social que la loi française. *Toutes ou presque toutes*, en effet, lui subordonnent l'autorité des parents. » Il est certain que si, en suivant le procédé d'Anthoine de Saint-Joseph (1), on disposait en regard des articles du titre IX du Code civil les prescriptions correspondantes des lois et coutumes étrangères, on serait tout surpris de voir notre législation venir au premier rang de celles qui ont le plus franchement proclamé l'indépendance du père. Et cependant la brutalité des faits est là pour le contredire. C'est qu'il est une autre partie du Code civil où la puissance paternelle se complète et s'achève : cette partie est le titre des donations et des testaments. Or, sur ce point, le législateur a soumis le père à l'enfant sous la contrainte des tribunaux. Si le titre IX nous a donné la première place, le titre II du livre III nous rejette à la dernière ; et l'examen des législations étrangères nous montre qu'ici elles « se distinguent incontestablement par un respect beaucoup plus *étendu* de la puissance paternelle » (2).

Ainsi donc deux conceptions différentes se partagent aujourd'hui l'Europe. L'une cherche à développer l'au-

(1) *Concordance*, Cotillon, 1856.

(2) Voir les *Lois de succession* par le comte de Butenval, c. IX, *Les exemples de l'étranger*, p. 70.

torité du père en débarrassant de toute entrave sa libre action sur la personne des enfants; mais lui enlève, sauf une quotité disponible misérablement mesurée, toute possibilité de récompenser et de punir. C'est le système du groupe français. L'autre, qu'applique la grande Angleterre, se soucie moins de ce pouvoir sur les personnes. Elle cherche ailleurs la base de la puissance paternelle et croit l'avoir trouvée dans la liberté testamentaire. L'assise est solide, et l'édifice peut soutenir des atteintes sous lesquelles la puissance paternelle française s'écroulerait.

I. *Groupe français*. — Le droit de correction et d'éducation semble rigoureux, mais la liberté testamentaire n'existe pas.

*Belgique*. — Les communications envoyées à M. Pradines par M. Londrien, avocat au barreau de Bruxelles, nous montrent que la loi belge n'a modifié ni les articles 371 et suivants du Code civil, ni l'art. 913. Les différentes lois dites de protection de l'enfance que nos Assemblées ont votées depuis 1871 ont un peu altéré chez nous la physionomie de la législation de 1804. La Belgique l'a conservée dans toute sa pureté.

*Hollande*. — Le Code civil néerlandais, exécutoire depuis 1838, a ajouté au texte français de l'art. 373 « qu'en cas d'impossibilité de la part du père, la puissance paternelle passe de droit à la mère. » La jurisprudence a fait entrer dans l'article, au moyen d'un raisonnement qui se devine, l'incapacité et l'indignité.

Le tribunal est substitué au président seul dans le cas de l'art. 376. L'interdiction, l'absence, entraînent la déchéance; il en est de même de l'indignité qui résulte de l'art. 335, § 2, et de la dégradation civique (1). En 1880, un projet présenté aux Chambres facilitait encore la déchéance de la puissance paternelle et l'autorisait même contre les commerçants faillis (2).

*Pologne.* -- Le Code civil est en vigueur dans l'ancien royaume de Pologne depuis la conquête de Napoléon I<sup>er</sup>. Certaines parties cependant ont été remaniées et le titre IX est du nombre. La loi du 13 juin 1825 prive de la puissance paternelle : 1<sup>o</sup> les condamnés à une peine afflictive et infamante (art. 21); 2<sup>o</sup> les interdits pour cause d'imbécillité, de démence ou de fureur (article 414); 3<sup>o</sup> les personnes engagées dans des vœux monastiques (art. 414). Un chrétien ne peut être soumis à un non chrétien; et cette idée religieuse entraîne une quatrième cause de déchéance. La destitution de la tutelle pour incapacité, infidélité ou inconduite notoire (416) est étendue à la puissance paternelle par argument d'analogie. Après la mort de son mari, la femme a de droit la tutelle de ses enfants. Pas d'exhérédation, d'autre part. Le pouvoir paternel, bien qu'il s'étende en principe sur l'enfant, quel que soit son âge, est donc encore plus faible en Pologne qu'en France. Que

(1) *Bulletin de la Société de législ. comp.*, février 1880, p. 130.

(2) Même page.



faut-il en conclure? Nous croyons encore qu'il est prudent de ne pas demander des exemples à ce noble mais infortuné pays.

*Russie.* — « La législation russe, est-il dit à la page 131 du *Bulletin* déjà cité, confie aux parents la même puissance paternelle que celle qui leur est accordée par la loi française. » Les art. 158 et suivants, du Svod ou Digeste des lois civiles, exécutoire depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1835, donnent une impression un peu différente (1). Tous les enfants de quelque sexe et de quelque âge qu'ils soient, dit l'art. 158, sont soumis à la puissance paternelle. Le père peut user de la correction privée; ou même de la détention dans une prison de l'Etat, conformément à l'art. 2085 de l'ordonnance des peines. Il peut aussi porter plainte à un tribunal dit de conscience dont la procédure est tracée par l'art. 160. Les dispositions spéciales réservées aux deux gouvernements de Tchernigoff et de Pultawa offrent un cachet d'antiquité très prononcé. L'Ukraine, en effet, seule de toutes les terres russes a conservé la vieille expulsion de la famille, le reniement (*otretchicia*). Elle peut être prononcée par le père; les causes déterminées par le texte correspondent aux causes ordinaires d'exhérédation et doivent être prouvées en justice. C'est une démonstration nouvelle de cette vé-

(1) Concordance d'Anthoine de St-Joseph, Russie. — *Éléments de droit civil russe*, Ernest Lehr, 1877.

rité désormais établie que des nations, où le testament ne paraît pas exister, peuvent arriver à tous les résultats de la liberté testamentaire. Malheureusement pour la Russie ce vieil usage ne paraît pas s'être conservé ailleurs, au moins dans les classes supérieures — le Svod ne s'applique point, en effet, aux paysans qui sont régis par leurs coutumes. — La liberté de léguer les acquêts n'est pas suffisante pour fortifier le pouvoir paternel (888); les mœurs suppléent en partie à ce défaut d'armes légales. Les cas de déchéance n'ont pas été ménagés. Le père est-il condamné à une peine afflictive et infamante, il est privé de son autorité; de même, s'il est déporté en Sibérie avec perte de tous les droits civils et politiques (C. pén., 27); s'il a été reconnu coupable d'excitation à la débauche (C. pén., 1588), d'abjuration de la religion orthodoxe; s'il est convaincu d'un vice évident ou d'un caractère intraitable (1). L'exercice de la puissance paternelle passe à la mère, ou si celle-ci est décédée ou indigne, à un tuteur nommé par le conseil de famille.

La haute société russe ne paraît pas avoir puisé dans cette organisation nouvelle un fonds bien considérable de respect pour l'autorité. Le Svod a contribué à produire le nihiliste. Les vieilles coutumes ont créé le moujik fanatique de son tzar.

*Groupe anglais.* — Le droit de correction et d'édu-

(1) V. *Bulletin*, p. 131.

cation est très réduit; mais la liberté testamentaire existe.

Un citoyen anglais peut disposer de tous ses biens réels et personnels soit par donation entre-vifs, soit par donation à cause de mort, soit par testament, pourvu que ce ne soit point en fraude de ses créanciers. Ce principe du *common law* est le pivot de la constitution anglaise. C'est lui qui permet au père de maintenir dans la famille son autorité respectée et obéie. L'aveu des écrivains est unanime : « Un jeune homme, nous apprend Taine, dans ses *Notes sur l'Angleterre* (p. 120), dit familièrement en parlant de son père : *my governor*. En effet, de par la loi et les mœurs, il est le gouverneur de sa maison qui est son château (castle) et de la garnison qui y loge. Sauf le cas d'une substitution, il peut déshériter ses enfants, et on a vu que sa femme est sa sujette. » Et M. Glasson ajoute, dans son *Histoire du droit et des Institutions de l'Angleterre* (p. 221) : « C'est ce droit absolu de déshériter les enfants qui a permis d'organiser une autorité paternelle beaucoup plus mitigée sous tous les autres rapports que celle de notre Code civil. »

Mitigée, elle l'est, en effet, au point qu'on a pu dire, que le père — en réalité le plus puissant du monde — n'était que le tuteur légal de ses enfants.

Son droit de correction se borne aux châtimens manuels modérés, à l'emprisonnement dans l'intérieur de la maison ; car les prisons publiques ne lui sont

point prêtées. Le juge n'intervient que pour condamner l'enfant dans les formes ordinaires, s'il a commis quelque crime ou délit. Les cours de loi commune ou d'équité (1) répriment, mais seulement dans les cas graves, les abus de la puissance paternelle.

Quant au droit d'éducation, le père en principe seul le possède. La femme anglaise est trop inférieure à son mari pour qu'une règle formelle lui reconnaisse, même en jouissance, un droit égal au droit de celui-ci. Le père peut déléguer son autorité à qui il veut sa vie durant, ou après sa mort; s'il n'a pas réglé la question dans son testament, la mère en est investie par une sorte de délégation tacite. La puissance maritale, bien plus énergique qu'en France, renforce à ce point de vue la puissance paternelle.

Voici où les différences entre les deux législations vont commencer.

Le droit coutumier n'impose pas aux parents les obligations de l'art. 203 du Code civil : mais de nombreux actes les supposent, et la jurisprudence a fait le reste. En France le principe existe, on a oublié l'action. En Angleterre on a organisé l'action et oublié le principe. L'esprit des deux peuples se révèle par ce trait. Si les parents quittent le pays en abandonnant leurs enfants, les marguilliers et l'inspecteur des pauvres peuvent faire vendre leurs meubles et leurs rentes avec l'auto-

(1) Voir *Constitution de l'Angleterre*, de Le Play, t. II, p. 94.

risation de la justice. Le père peut être condamné au travail forcé, s'il refuse de soutenir sa famille. Les tribunaux voient dans les moindres circonstances un motif suffisant pour sanctionner l'obligation d'élever et d'entretenir l'enfant. La mère peut emprunter pour subvenir aux dépenses de l'enfant né du mariage : la justice accordera l'action contre le mari. — Le père est tenu de faire vacciner ses enfants (Acte de 1867). Il doit leur faire donner l'éducation élémentaire (Actes de 1870, 1873, 1876, 1880). Les deux lois du 10 août 1866 ont autorisé les juges ou le magistrat à faire détenir dans les écoles industrielles (sorte d'école-prison), tout enfant de moins de quatorze ans, mendiant, errant, sans foyer, délaissé ou fréquentant la compagnie des voleurs (art. 14) (1). L'école acquiert sur l'enfant un droit de garde qui permet de le soustraire aux mauvais conseils de ses père et mère. Le père peut d'ailleurs obtenir du magistrat la permission d'y conduire ses enfants, s'il est incapable de les surveiller ou contrôler, ou s'il désire les envoyer à une école industrielle d'après le présent *act* (art. 16). Les écoles de workhouse y placent aussi leurs insoumis. Une loi de 1876, permet au Trésor de réclamer aux parents le remboursement des frais d'éducation.

Quant aux abus du droit d'éducation, la grande loi du 27 mai 1878 sur le travail des enfants et des femmes

(1) Projet Roussel, *Exposé des motifs*, J. off., 20 fév. 1881.

dans l'industrie n'a fait que consacrer le principe d'intervention admis depuis longtemps en cette matière. L'entrée des ateliers est interdite aux mineurs de dix ans ; jusqu'à quatorze ans la demi-journée de travail est permise, et jusqu'à dix-huit ans la journée ne peut excéder dix heures ou dix heures et demie. Les femmes sont assimilées aux mineurs de dix-huit ans. Le travail de nuit et le travail du dimanche sont défendus. Toutefois un père de famille patron, qui ferait travailler ses enfants, ne serait pas soumis à l'inspection (1). Une loi du 3 août 1878 avait déjà réglementé le travail des enfants employés dans les exploitations agricoles, sauf le cas où leur père les dirigerait.

Supposons que l'enfant quitte la maison paternelle par crainte des mauvais traitements ou par dégoût de l'immoralité de ses parents ; le père rentre en possession du fugitif, par la force, s'il le peut sans troubler la paix publique, ou par autorité de justice. Cependant le juge lorsque l'intérêt de l'enfant l'exige, peut s'opposer à l'exercice du droit du père. Le lord-chancelier, au nom du roi, chef de toutes les familles — comme il est propriétaire du territoire entier — est le tuteur-né de ceux qui n'en ont pas. Il peut (son pouvoir est exercé par la cour de chancellerie) déléguer l'autorité paternelle à la mère de l'enfant jusqu'à l'âge de sept ans (1833) et maintenant jusqu'à l'âge de seize ans (1873).

(1) V. *Annuaire de législ. comp.*, 1878, p. 15.



Il peut même la déléguer à un tiers. C'est un principe traditionnel dont l'usage restreint, confié à des hommes prudents, n'a pas les inconvénients qu'il présenterait chez une nation logicienne. D'ailleurs, l'inconduite en elle-même ne suffirait pas : il faut des torts directs et sérieux envers les enfants. Les conventions par lesquelles la garde des enfants est confiée à la mère sont reconnues valables.

Ce n'est pas tout que de citer les textes : il faudrait examiner l'esprit dans lequel ils sont appliqués. Les idées éminemment aristocratiques et conservatrices de l'Angleterre, ont produit ce résultat assez curieux que la puissance paternelle des hautes classes est beaucoup plus forte que celle des classes inférieures. Les lois qui diminuent l'autorité du père s'adressent au prolétariat agricole et urbain. Le gentleman a trouvé le moyen de rester maître de sa famille et d'exercer à l'aide des tribunaux un patronage sur les familles ouvrières. On a fait remarquer que la religion, peu pratiquée par le peuple, l'est, au contraire, avec affectation par la bourgeoisie et la noblesse. Toutes les forces sociales semblent donc refluer là où se trouve la puissance économique. C'est le contraire en Russie où la foi et le respect des parents semblent se resserrer de plus en plus à l'isba du paysan et à la maison du petit marchand, les deux représentants les plus originaux de la vieille nationalité russe.

*Norwège et Danemark.* — Ce sont des pays de liberté

testamentaire. Il ne faut pas s'en étonner ; ce fut des côtes norvégiennes et danoises que partirent les Normands et les Anglo-Saxons dont la fusion a formé le peuple anglais. L'étendue de la puissance paternelle norvégienne est déterminée par une coutume verbale que le docteur Bear Praton, consulté par le rédacteur de l'article du *Bulletin* (1) déclare assez difficile à fixer. M. Klubien, avocat à Copenhague, fait le même aveu pour la coutume danoise (2). Dans les deux pays il existe une autorité administrative, dite autorité pupillaire — conseils électifs en Norvège ; préfet et ministre de la justice en Danemark, — qui a le droit vague, et par suite dangereux partout ailleurs, de prendre toutes les mesures qu'exige l'intérêt de l'enfant. Ce serait mal comprendre ces institutions que de les considérer comme analogues à nos conseils municipaux et à nos préfets. Dans ces contrées où les luttes sociales sont inconnues — au moins aujourd'hui — elles ne servent qu'à soumettre les pères de famille qui oublient leurs devoirs à d'autres pères de famille qui comprennent les leurs. Voilà comment se manifeste la protection légale. Elle ne revêt point la forme de ce que nous appelons un acte administratif, c'est-à-dire une signature donnée sur le rapport d'un bureau. Voyez les paternelles remontrances que le préfet danois doit adresser aux parents coupables. Il les fait

(1) *Loc. cit.*, p. 163.

(2) p. 168.

venir chez lui et leur enjoint de se réformer. Sinon il pourra leur enlever leur enfant et le placer à leurs frais dans une autre famille. C'est l'ancien seigneur qui met le bon ordre au foyer troublé de ses tenanciers. On a peine à concevoir comment des esprits, d'ailleurs distingués, peuvent tirer de ces mœurs antiques si éloignées des nôtres, un argument en faveur de l'intervention de l'État par ses fonctionnaires et ses magistrats.

Nous avons mis en regard les deux groupes français et anglais. Mais des législations très importantes n'y ont pas été classées — comme les législations suisse, allemande et italienne. Elles peuvent, en effet, être rattachées à l'un ou à l'autre, suivant le côté où l'on porte son examen. Le pouvoir sur l'enfant se rapproche de la loi française ; les usages en matière de testament inclinent vers la coutume anglaise. Mais la rigueur du titre IX est adoucie ; et la sévérité de la liberté absolue est tempérée.

*Suisse.* — Tous les cantons suisses, sauf Genève, où le Code français est en vigueur, admettent l'existence d'un pouvoir tutélaire qui est confié à diverses autorités (1). Ainsi dans la législation du canton de Vaud, tant que le mariage subsiste, le pouvoir du père reste aussi complet qu'il l'est en France. Mais au moment du décès de la mère, il se transforme en autorité tuté-

(1) Voir les *Législations civiles des cantons suisses*, Lardy, 1877.

laire ; et une délégation du conseil municipal nommé *Waisenamt* (C. art. 280, 281) peut prendre toutes les mesures nécessitées par l'inconduite, l'insolvabilité ou l'incurie du père. Les notables ont aussi un droit de contrôle. — Comme contre-partie à ce tableau, il convient de rappeler l'art. 584 du même Code qui détermine les cas où l'exhérédation est autorisée.

Berne, Fribourg, Soleure, Argovie, Schwitz, le Valais, Thurgovie, Zug, Schaffouse, Unterwald-le-Haut, Glaris, se rapprochent plus ou moins de la loi vaudoise. — Unterwald-le-Bas et Bâle-Campagne donnent au conseil de famille un pouvoir de surveillance même pendant le mariage. Uri et Saint-Gall le confient au conseil communal. Dans ces deux cantons la puissance paternelle est extrêmement étendue. — Uri n'admet même pas l'émancipation. Le Tessin a conservé la tradition romaine, le contrôle de l'administration sur le pouvoir du père n'y paraît pas.

Sauf à Fribourg, Berne, Soleure et Neuchâtel, la mère ne devient pas tutrice de plein droit par le prédécès du père, et encore notamment à Fribourg le père peut l'écarter par testament. La situation de la femme en Suisse est, on le sait, beaucoup mieux comprise qu'en France. On n'y parle pas dans les lois de l'égalité des sexes, et la tutelle perpétuelle a été même conservée dans le canton d'Uri.

*Allemagne.* — Laissons de côté le droit commun allemand et le droit saxon.

En Prusse (Code, 391 à 398), la légitime est d'un tiers s'il existe un ou deux enfants; de moitié s'ils sont trois ou quatre; des deux tiers s'ils excèdent quatre. L'exhérédation complète peut être prononcée pour des causes nombreuses: « entre autres le cas de conduite honteuse et de mariage contre le gré des parents » (399 à 417). La légitime peut être restreinte sous certaines conditions (419 à 431). — Aussi, encore plus qu'en Angleterre, la réglementation du législateur a-t-elle pénétré dans la famille. Jusqu'à quatre ans, l'enfant est élevé par la mère; il dépend alors absolument du père jusqu'à la puberté, où sa personnalité se manifeste par un droit de recours au tribunal des tutelles qui peut le placer dans une autre famille. La puissance paternelle cesse chez le prodigue comme chez celui qui a été condamné à plus de dix ans de prison, ou qui a abandonné ses enfants sans ressources et sans surveillance. L'interdiction et l'emprisonnement pour plus de deux ans entraînent une simple suspension. Si le père vient à prédécéder, la mère est investie du droit d'éducation. — La détention de l'enfant nécessite l'autorisation du ministre de la justice ou du roi (ordon. 11 mars 1806). Il est bon de se rappeler, pour commenter toutes ces dispositions, que la noblesse rurale est encore toute-puissante en Prusse.

En Autriche (Code 766, 767) la légitime des descendants est de moitié; l'exhérédation est permise (768) même dans les cas où l'enfant « mène une vie contraire à la morale publique. »

L'enfant a non seulement le droit de se plaindre lorsque le père abuse de son pouvoir ou néglige ses obligations ; mais les tiers eux-mêmes peuvent en saisir la justice. L'enfant peut être placé dans une autre famille par le tribunal de tutelle. La déchéance et la suspension sont prononcées là où les prononce le Code prussien. Le § 44 du Code autrichien, relatif aux mauvais traitements des parents envers les enfants, contient des dispositions originales.

*Italie.* — La législation italienne, considérée par M. Pradines comme une dérivée de la législation française, s'en éloigne absolument en ce qui touche la liberté de tester. Art. 805 : « Les libéralités par testament ne peuvent excéder la moitié des biens du testateur, si en mourant il laisse des enfants quel qu'en soit le nombre », et l'art. 1048 sur les partages d'ascendants n'exige point que la part des enfants soit attribuée en nature (1).

Les traits caractéristiques ne manquent pas au titre VIII du Code italien. C'est d'abord l'art. 222 qui organise une sorte d'*abdication* mitigée. Le père qui ne réussit pas à corriger les écarts de son enfant peut lui ordonner de quitter la maison paternelle, à la condition de lui assurer les aliments strictement nécessaires. Le droit de faire détenir l'enfant lui appartient comme en France, mais sans nos distinctions compliquées ; de plus, l'appel

(1) V. Huc et Orsier, *Code civil italien*, 1868.



existe toujours. L'art. 221 n'a point son équivalent dans notre Code : « L'enfant peut être éloigné par de justes motifs de la maison paternelle. Le président du tribunal, sur la demande des parents ou du ministère public, après informations prises, sans formalités judiciaires, y pourvoira de la manière la plus commode par une ordonnance non motivée. » L'art. 223 le complète : « Si le père ou la mère abusent de l'autorité paternelle par la violation ou la négligence de leurs devoirs ou par une mauvaise administration des biens de l'enfant, le tribunal, sur la demande des parents les plus proches ou même du ministère public, peut nommer un tuteur à la personne de l'enfant ou un curateur à ses biens et priver les père et mère de leur usufruit en tout ou en partie ; ou enfin prescrire toute mesure qu'il jugera convenable dans l'intérêt de l'enfant. »

Voilà, dit M. Pradines, comment l'Italie a enfin « dépouillé le pouvoir du père de son caractère de droit divin » et comment « elle l'a réduit aux conditions d'une fonction publique ». C'est le système de M. Pradines. Ce n'est pas le système italien. L'esprit italien est trop pratique pour se laisser guider par cette théorie socialiste. Il a cru que son art. 805 lui permettait ces dérogations exceptionnelles à un principe qu'il n'a point renversé. Telle qu'elle est — et grâce à cet art. 805 — la puissance paternelle italienne est encore préférable à la puissance paternelle française — d'aujourd'hui.

## CHAPITRE VII

### PROJETS

Le point de vue italien avait été celui de M. Chretien de Poly, qui publia en 1820 un *Essai sur la puissance paternelle* — que l'on copie aujourd'hui, mais que l'on ne cite plus. Il est certain que le style en est vieux et que le costume de ces *tribunaux de censure*, dont l'auteur se promettait merveilles, aurait été d'un goût déplorable. Les idées de M. de Poly sont extrêmement hardies. L'exhérédation rétablie comme contre-poids, le contrôle judiciaire s'applique sous des formes diverses et compliquées à tous les détails du droit de correction et d'éducation. Cet écrivain, que les précis dépeignent comme un esprit imbu des préjugés de l'ancien ordre social, est le premier qui ait osé réclamer l'établissement du jury civil : car ses tribunaux de censure, composés de pères de famille, ne sont pas autre chose.

Un mémoire, couronné par l'Académie de législation de Toulouse, et signé du nom de M. Fuzier-Herman (1878) doit être rapproché de l'ouvrage bien plus précis et détaillé de de Poly. Ce qui fait l'importance de ce mémoire, parmi d'autres travaux également fort estimables, c'est la situation sociale de son auteur :

M. Fuzier-Herman a été magistrat. Son excellent travail permet d'opposer, sur le sujet qui nous occupe, les idées de la magistrature nouvelle aux idées de l'ancienne magistrature représentée par M. Chrestien de Poly. L'un prétend continuer la tradition de l'Ancien Régime ; l'autre marche hardiment avec le « Progrès ». Le premier dit bien fort : la puissance paternelle. Le second affecte de prononcer : autorité paternelle. Mais les différences sont à la surface. Si le magistrat de la nouvelle école ignore, ou ne comprend pas l'importance de l'exhérédation, tous deux ont l'intime conviction du droit judiciaire de contrôle sur le père. Ils arrivent, dans des langues différentes, à la même conclusion : l'intervention des tribunaux.

Parmi les projets des publicistes, nous avons trié à dessein les projets des magistrats. Parmi les projets des politiques, nous allons naturellement choisir ceux dont les Chambres sont actuellement saisies. Ils ont eu des aînés qui dorment maintenant dans les cartons où leurs commissions les ont l'un après l'autre enterrés. M. Lallemand, dans son *Histoire des Enfants abandonnés* (ch. xv et xvi), leur a fait une pieuse visite que l'on pourra refaire avec lui. Nous signalerons seulement le projet du conseiller Voisin sur l'éducation correctionnelle (enquête parlementaire sur le régime des établissements pénitentiaires), qui contenait en germe les projets d'aujourd'hui, et nous arrivons à l'analyse des trois plans de réorganisation de

a puissance paternelle, où MM. Roussel, Pradines et les autres partisans de la souveraineté de l'enfant ont essayé de transformer le pouvoir du père en fonction publique.

*Projet de loi proposé par MM. les sénateurs Théophile Roussel, Béranger, Dufaure, Fourichon, Schœlcher, J. Simon.*

(Documents parlementaires du Sénat, 20 février 1881.)

Le but de cette proposition de loi est, d'après l'exposé des motifs, « d'apporter une réforme indispensable à la situation légale des enfants malheureux que l'abandon matériel, le délaissement moral, l'inconduite ou les sévices des parents livrent, sans défense, à tous les mauvais penchants, à la dépravation précoce, aux délits et aux crimes. »

La législation française, par la loi du 5 août 1850, a fixé le sort des enfants coupables. Elle ne s'est point occupée des enfants, bien plus nombreux, puisque M. Georges Bonjean les évalue à 100,000 qui ne « sont pas coupables encore aux yeux de la loi, mais sont placés sur cette pente funeste des vices et des crimes, où tout autour d'eux les pousse à descendre. »

« Notre société a devant elle une armée du mal prête à la combattre. » Les moyens répressifs sont insuffisants ; c'est aux moyens préventifs qu'il faut recourir. Il faut que le pouvoir social s'empare de ces

petits êtres « abandonnés, délaissés, maltraités », les soumette à une discipline morale qu'ils ne peuvent trouver en dehors de lui, et les transforme ainsi en hommes honnêtes et utiles, avant qu'ils ne soient devenus les criminels de demain.

Pour cela, une loi est indispensable ; la charité privée, malgré toutes les initiatives et tous les dévouements, ne suffit plus. Son action est d'ailleurs paralysée par la constitution actuelle de l'autorité du père. Malgré tous les procédés inventés par la pratique, malgré les contrats que l'on fait signer aux parents, et par lesquels ils s'engagent, sous clause pénale, à ne pas retirer leurs enfants, les suggestions et les mauvais conseils de ces père et mère, qui conservent leur droit de visite, finissent trop souvent par décider les élèves des associations charitables à reprendre la vie de paresse et de débauche à laquelle on avait cru définitivement les arracher. Le mal, c'est donc la puissance paternelle. Il faut aux établissements un droit de garde analogue à celui que la loi du 15 pluviôse an XIII et la loi du 10 janvier 1849 ont donné à l'Assistance publique sur la personne des enfants assistés.

Aussi, suivant en cela l'exemple de plusieurs législations européennes, entre autres celle de l'Angleterre et celle de l'Allemagne, le projet conclut-il énergiquement à une intervention de l'Etat.

« Tout mineur non émancipé, dit son art. 1<sup>er</sup>, matériellement ou moralement abandonné, ou maltraité, est placé sous la protection de l'autorité publique. »

Le reste du projet explique cet article premier en précisant les conditions requises des enfants protégés, et le procédé d'intervention du protecteur.

« L'enfant matériellement abandonné, dit l'art. 2, est celui qui n'a ni parents, ni tuteur, ni amis qui puissent prendre soin de sa personne. »

« L'enfant moralement abandonné ou maltraité, dit l'art. 3, est celui dont les parents ont habituellement négligé de le surveiller, ou sont eux-mêmes d'une inconduite notoire, ou ont été condamnés comme auteurs ou complices d'un délit commis sur sa personne. »

L'enfant peut se trouver dans deux situations différentes : ou bien il est dans un état d'abandon complet, ou bien il est encore chez ses parents.

Dans le premier cas, le préfet de police à Paris, le maire dans les départements, sur l'avis conforme du procureur de la République, le confie à l'Assistance publique, à une association bienfaisante dûment autorisée ou à un particulier. En province, la décision du maire n'est que provisoire : le préfet prend seul les mesures définitives. Le fait seul de l'abandon matériel et de la main-mise de l'autorité sur la personne de l'enfant constitue, au profit de cette dernière, un droit de garde, qui ne cède pas toujours devant les réclamations des parents, si l'on en croit l'art. 6. « Le mineur, matériellement abandonné à la suite de circonstances indépendantes de la volonté de ses parents, peut, lorsque les circonstances qui ont motivé son



abandon ont cessé, leur être remis sur un ordre du procureur de la République ». La loi n'indique que ce moyen de recours : on conviendra qu'elle est un peu laconique.

Dans le second cas, au contraire, il s'agit « de priver les parents, ou l'un d'eux, de la garde de leur enfant mineur de vingt et un ans, moralement abandonné ou maltraité » (art. 8). C'est le procureur de la République seul qui introduit la demande. Le président, par une simple ordonnance, peut placer l'enfant conformément à l'art. 4. Le jugement du tribunal est exécutoire, notwithstanding opposition ou appel. Le préfet a, dès lors, sur l'enfant, les mêmes pouvoirs que plus haut (art. 10).

Il n'y a jamais eu expropriation plus simplifiée : la justice intervient à la hâte et se fait immédiatement obéir ; la police parfois suffit.

*Projet de loi du Gouvernement  
présenté par M. le Garde des sceaux Cazot.*

(Documents parlementaires du Sénat. Décembre 1881.)

Ce projet de loi est dû à une commission instituée au ministère de la Justice par un arrêté du 29 décembre 1880. Il se divise, conformément aux vues de l'arrêté, en deux titres : l'un intitulé *De la déchéance de la puissance paternelle* indique « les modifications à introduire dans nos lois, afin d'enlever au père qui s'en rend indigne, l'autorité qui lui est reconnue. »

L'autre intitulé *Du délaissement des enfants* « pourvoit au sort des enfants abandonnés par leurs parents et complète ainsi les lois déjà votées, sur l'initiative de M. le sénateur Roussel, dans l'intérêt des enfants » (Exposé des motifs).

Le premier titre — sa rubrique le montre suffisamment — rentre en plein dans notre sujet. Il en est de même du second, qui organise, à l'aide d'une institution importée de l'étranger, une nouvelle espèce de déchéance réservée à un cas spécial.

Les deux titres ont chacun un caractère bien tranché. Dans le premier la commission, résistant à toute innovation, s'est appliquée — du moins elle le dit — à développer les principes du Code civil en matière de puissance paternelle, et à étendre à d'autres cas des solutions déjà admises par lui. Dans le second, au contraire, elle va bravement chercher jusqu'en Amérique un contrat nouveau, que l'on pourrait appeler la Cession de la puissance paternelle, mais à qui elle donne le nom de Délaissement des enfants, et essaie, en dépit de notre article 6, de l'installer dans nos lois.

*Des déchéances du titre premier.* — Il s'agit ici de remédier à l'indignité des parents.

La conception de la puissance paternelle, en ce premier titre, est, d'après la commission, la conception du Code. Le père n'a de droits sur ses enfants que parce qu'il a des devoirs envers eux. Voilà le principe. Les conséquences, que les législateurs de 1804 avaient pu-

demment passées sous silence, n'effrayent point les législateurs de 1881. « Par une exception unique dans « le domaine juridique, restée toute particulière à la « législation française, et qui la met en contradiction « avec les règles de la justice elle-même, le non- « accomplissement par le père de ses obligations les « plus impérieuses ne le prive d'aucun des privilèges « attachés à sa qualité... Il ne perd pas, en règle générale, *ipso facto*, l'exercice de prérogatives qui « n'auraient dû lui être imparties que comme la condition des devoirs de sa paternité. »

Il est absolument impossible, dès lors, de laisser continuer cet état de choses. Le Code a présumé à tort que, l'union conjugale se maintenant dans son intégrité, le contrôle de l'épouse suffisait pour assurer l'exécution des obligations du père. La mère peut être indigne ; elle peut être séparée de fait ; elle peut être trop résignée. Il faut donc permettre à l'Etat, représenté par le juge, de déclarer éteints ces droits du père qui n'avaient pour soutiens que des devoirs inexécutés. Il faut procéder hardiment, avec franchise. Le remède est dans la déchéance : « l'équivoque ne convient pas à une législation de progrès » (Exposé des motifs).

Le germe du système est dans l'art. 335, § 2, du Code pénal. C'est cet article qui fournit le procédé d'intervention ; c'est lui qui sert à déterminer les cas où il faut intervenir.

L'art. 335, § 2, déclare, nous le savons, que, dans l'hypothèse de l'art. 334, § 2, « le coupable sera privé des droits et avantages à lui accordés sur la personne et les biens de l'enfant par le Code civil, liv. I, tit. IX, *De la puissance paternelle* ». Le mot de déchéance n'y est pas prononcé, probablement avec intention. D'ailleurs la déchéance du projet diffère en deux points de cette privation des droits paternels. D'abord, elle est plus étendue : elle porte sur tous les droits conférés au père par tous les titres du Code civil (1), et non plus seulement par le titre IX, sauf deux : le droit à l'honneur et au respect de l'art. 371, et le droit aux aliments des art. 205 et 207. Ensuite, le père est dépossédé de ses droits vis-à-vis de tous ses enfants, et non plus vis-à-vis de celui-là seul qui a été victime de ses abus d'autorité.

L'art. 335, § 2, a révélé, en outre, à la commission ministérielle les différents éléments (caractère délicatuel des actes — danger couru par la personne et la moralité de l'enfant — habitude dans la criminalité) dont la réunion doit suffire pour entraîner *de plano* la destruction de la puissance paternelle. Si ces trois caractères se rencontrent avec une gravité suffisante, il y a déchéance de droit ; s'ils sont trop peu accentués, ou si l'on se trouve dans des cas analogues à ceux de

(1) Ainsi que ceux visés par la loi du 27 juillet 1872, art. 46, et la loi du 22 février 1851 (art. 3).

l'art. 444 Code civil, la déchéance est facultative, et le juge — le juge civil — peut la prononcer.

Comment le projet a-t-il précisé ces idées? C'est ce que nous apprennent les n<sup>os</sup> 1, 2 de l'art. 1<sup>er</sup>, et les six numéros de l'art. 2.

Il y a deux cas de déchéance de droit :

1° Le cas de l'art. 335, § 2 du Code pénal ;

2° Le cas où le père et la mère ont été condamnés pour la deuxième fois, comme auteurs, coauteurs ou complices de crimes ou délits commis *sur* la personne d'un ou de plusieurs de leurs enfants, ou *par* un ou plusieurs de leurs enfants.

Suivent six cas de déchéance facultative.

1° Condamnation pour crimes, sauf ceux prévus par les art. 86 à 101 du Code pénal ;

2° Seconde condamnation pour vol, abus de confiance, escroquerie, adultère, entretien de concubine au domicile conjugal, excitation habituelle de mineurs à la débauche, outrage public à la pudeur, outrage aux bonnes mœurs, séquestration, suppression, exposition ou abandon d'enfant, mendicité, vagabondage ;

3° Condamnation par application de l'art. 2, § 2, de la loi du 23 janvier 1873 ;

4° Condamnation pour la première fois à des peines graves, dans certains cas prévus par le n° 2 ci-dessus ;

5° Inconduite notoire de nature à compromettre soit la santé, soit la sécurité, soit la moralité de l'enfant ;

#### 6° Habitudes d'ivresse.

Dans les six cas précédents, l'instance s'engage comme en matière d'interdiction (490 et suiv., C. C.). Le nombre des personnes qui peuvent agir est diminué : les pouvoirs du ministère public sont augmentés. La chambre du conseil, qui prend toutes les mesures provisoires, joue dans la procédure un rôle considérable, comparable au rôle de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation, dit l'exposé des motifs, car elle peut rejeter les demandes ne paraissant pas fondées, sur les conclusions conformes du ministère public.

Cela fait, les rédacteurs ont enfin la satisfaction de placer les enfants « légalement abandonnés, sous la tutelle de l'Assistance publique et des commissions hospitalières » ; après la déchéance prononcée par la justice, l'action de l'Etat peut librement s'exercer.

*De la déchéance particulière du titre II.* — L'ennemi, ici, c'est la misère des parents.

Les enfants *délaissés*, dit l'exposé des motifs, sont ceux à l'égard « desquels les pères et mères ou tuteurs refusent ou sont dans l'impossibilité de remplir leurs devoirs de surveillance et d'éducation. »

Le projet abandonne complètement en ce point les idées du Code civil ; il crée même une institution en désaccord absolu avec un des grands principes de notre droit. « On ne peut déroger par des conventions particulières, dit l'art. 6, aux lois qui intéressent l'ordre public



et les bonnes mœurs. » Or, le titre II autorise la cession de la puissance paternelle, c'est-à-dire une sorte de résurrection du *mancipium* et de la vente des enfants, — ce que l'ordre public d'aujourd'hui interdit au premier chef, — et la déchéance particulière au cas qui nous occupe est précisément constituée par une présomption de cession.

Un enfant est recueilli sur la rue par l'agent d'une société charitable.

Qu'arrive-t-il en France ? La société l'élève, le place en apprentissage, tâche de lui inculquer les premières notions de moralité. Le père intervient, et, quand il veut, détruit l'œuvre commencée.

En Amérique, ce retrait n'est pas à craindre. Ou bien les parents sont connus, et alors ils doivent signer avec la société *New-York juvenile Asylum* un contrat, par lequel ils constituent au profit de cette société un droit de garde sur leur enfant. Voilà la cession volontaire. Ou bien ils sont inconnus ; l'enfant est remis à la société sur l'ordre du magistrat, et s'il n'est pas réclamé dans un certain délai, il passe sous la puissance de ses bienfaiteurs obligatoires. Voilà la cession forcée, la déchéance.

Le système a été accepté par la commission purement et simplement. Les art. 20, 21, 22 règlent le cas de cession forcée. La déclaration de celui qui a recueilli l'enfant doit être faite dans les trois jours. La réclamation des père et mère doit avoir lieu dans les trois mois.

Dans ce délai, l'enfant leur est rendu de plein droit. Passé ce délai, au contraire, le tribunal peut « maintenir au particulier, à l'association de bienfaisance, ou à l'établissement d'assistance publique, tout ou partie des droits exercés en vertu de l'art. 17, » c'est-à-dire entre autres les droits de garde, de correction et d'éducation.

Telle est cette institution nouvelle que l'esprit pratique des Anglo-Saxons a trouvée pour tourner l'obstacle que la nature même de la puissance paternelle oppose à la répression des abus. Sans nous prononcer encore sur sa valeur législative, nous tenons à faire remarquer le cachet d'antiquité qu'elle présente. Elle est tirée comme une conséquence rigoureuse de la notion de propriété sur les enfants, la notion antique, primitive. Aussi offre-t-elle un aspect un peu disparate au milieu de ces règles juridiques si différentes d'allure, qui présentent nettement la puissance paternelle comme une fonction protectrice au profit de l'enfant. Sans doute, le même esprit l'anime et la pousse au même but, mais l'y pousse par un détour.

*Rapport de la commission du Sénat sur le projet Roussel  
et le projet du gouvernement.*

(Documents parlementaires du Sénat. Janvier 1883.)

La commission du Sénat élit M. Théophile Roussel secrétaire-rapporteur. C'était marquer d'avance son

intention de prendre pour canevas de ses travaux le projet de l'honorable sénateur. Toutefois, la netteté juridique et la précision de détails du projet du gouvernement assuraient à celui-ci, sur beaucoup de points, l'adhésion des commissaires. Le projet de la commission est une tentative d'accord entre les deux projets, où la nouveauté de la forme n'est pas faite pour cacher le peu d'harmonie du fond.

« Est, de plein droit, sous la protection de l'autorité publique, tout mineur de l'un ou de l'autre sexe qui se trouve abandonné, délaissé ou maltraité », dit l'art. 1<sup>er</sup>, qui procède ainsi par voie de déclaration de principes. Les déclarations sentimentales coûtent cher, surtout quand elles contiennent, comme celle-ci, la proclamation du droit à l'assistance. Elles peuvent mener loin lorsque, par cette simple expression : de plein droit, elles dépossèdent brutalement la famille, qui, soi-disant, n'a pas rempli ses devoirs, sauf aux tribunaux à intervenir — plus tard. L'influence du projet gouvernemental s'est manifestée dans la rectification des termes techniques appelés à désigner les trois catégories d'enfants. Le mot abandonné a conservé le sens qu'il avait dans le décret du 19 janvier 1811. Le mot délaissé remplace l'expression trop longue de moralement abandonnés, qui aurait pu amener des confusions. D'ailleurs, après avoir constaté que la généralité de cet art. 1<sup>er</sup> est absolue, qu'elle ne contient point de limite d'âge pour la protection des mineurs, et qu'elle

leur est applicable même en cas d'émancipation — cela par crainte de voir tourner la loi — examinons les définitions de ces trois mots : abandonnés, délaissés, maltraités, contenus dans les art. 2, 3, 4. Elles donnent la mesure de l'étendue des innovations.

« Le mineur abandonné est celui dont les père et mère sont morts, ou disparus, ou inconnus, et qui n'a ni tuteur, ni parents légalement tenus aux aliments, ni amis qui veuillent prendre soin de sa personne.

Est assimilé au mineur abandonné, celui qui, à raison de la maladie, ou d'une incapacité physique ou intellectuelle dûment constatée, de l'émigration, de la détention ou de la condamnation de ses père, mère ou tuteur, se trouve sans asile et sans moyens d'existence. » Dans le premier alinéa de cet article, l'Etat exerce un droit, qui ne saurait guère lui être contesté, c'est de remplacer la famille absente. C'est là une obligation que lui impose son but même, qui est de veiller à l'ordre public. Le droit de garde, qui résulte du fait de l'abandon, est admis, comme le principe, depuis le décret de 1811. Le projet nouveau suit en cela le décret et se borne à effacer les interprétations restrictives de la circulaire du 8 février 1823 (circulaire Corbière). Il resterait à examiner, si l'extension du principe, contenue dans l'alinéa 2, est aussi légitime qu'elle le paraît à ses auteurs. On ne saurait la dissimuler, comme le fait le rapport (sur l'art. 2 *in fine*), sous cette remarque, qu'il n'y a là que la légitimation

d'un état de fait. Cela veut dire qu'il y a transformation de cet état de fait en un état de droit, par conséquent création d'une règle nouvelle et d'une nouvelle dépossession de la puissance paternelle.

« Le mineur délaissé est celui que ses parents, tuteur ou ceux à qui il est confié, laissent habituellement dans un état d'oisiveté, de vagabondage ou de mendicité.

« Est assimilé au mineur délaissé celui dont les parents ou tuteur sont reconnus dans l'incapacité ou l'impossibilité de pourvoir à sa garde et à son éducation. »

Le rapporteur a raison de dire que l'on entre avec cet article sur un terrain absolument neuf. Le § 1 renverse des règles traditionnelles en matière de droit pénal; le § 2 essaie de faire triompher un principe nettement condamné par l'économie politique et qui, malgré des tentatives réitérées, n'a jamais pu s'implanter en France.

Et d'abord les art. 67, § 3 et 271, § 2 du Code pénal sont implicitement abrogés. Le vagabondage et la mendicité, jusqu'ici considérés comme délits, « deviennent des titres à la protection légale ». Ce scrupule juridique a peu touché la commission. Elle est convaincue que les caractères du vagabondage, indiqués par l'art. 270, ne peuvent pas se rencontrer chez les mineurs. Et pour la mendicité, la crainte révérentielle détruit chez l'enfant toute imputabilité. Le raisonnement est, à notre avis, peu concluant. Peu importe que

le mineur ait toujours un domicile de droit, et que ses moyens d'existence lui soient assurés — toujours légalement. — La police le trouve errant dans la rue, il ne peut dire où il vit. Les éléments du délit sont bien caractérisés. Il fait courir un certain danger à l'ordre social, qui a le droit de se garantir par la force. Autre chose est de savoir si le père ou le tuteur n'est pas responsable en grande partie de ce délit. C'est une question réservée : mais le délit existe chez l'enfant, cela est certain et cela suffit. Même remarque pour le cas de mendicité. L'existence du délit était ici trop claire : les auteurs du projet, ne pouvant la nier, ont essayé de rendre plus obscure la question d'imputabilité toujours si délicate chez les mineurs, en faisant intervenir la crainte des parents. L'art. 64 contient en cette matière la règle définitive : ou bien l'enfant a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister, alors il n'y a pas délit ; ou bien la contrainte morale a été réelle, mais insuffisante pour enlever le libre arbitre, alors la sanction pénale doit être appliquée avec admission de circonstances atténuantes. Mais il y a plus : l'argumentation du rapport ne se contente pas de détruire les art. 67, § 3 et 271, § 2. La loi s'applique, qu'on ne l'oublie pas, à tous les mineurs, même aux mineurs de plus de seize ans. Les art. 270 et suivants, ainsi que les art. 274, 275, 276 perdent ainsi une partie de leur étendue : et un grand nombre de coupables, disons le mot, en qui la responsabilité entière existe, d'après



notre Code de 1810 comme d'après la science pénale, vont être soustraits à la répression. C'est une conséquence de la loi telle qu'elle est rédigée. Si la commission a voulu le contraire, elle l'a profondément caché dans son for intérieur, ce qui est bien pour un législateur la plus mauvaise habitude qui se puisse voir. Si sa rédaction est une rédaction préméditée et réfléchie, elle supprime — pour les mineurs même de vingt et un ans — le vagabondage et la mendicité du nombre des délits, et en fait avec l'oisiveté, dont nul législateur ne s'était inquiété jusqu'à ce jour, quelque chose d'innommé, insuffisant pour attirer l'action répressive de la loi, et suffisant pour mettre en mouvement l'action préventive de l'administration.

Le § 1 est, on le voit, beaucoup moins clair qu'il ne le semble au premier abord. Le § 2 l'est beaucoup trop. Nous voilà enfin gratifiés par une commission, où siégeaient probablement des économistes orthodoxes du droit à l'assistance. Nous aurons des workhouses — d'enfants, il est vrai. L'assistance légale, que l'on a appelée la grande plaie de l'Angleterre, est proposée comme remède de ce côté-ci de la Manche. Sans doute, il ne s'agit que des enfants. Laissez-la s'installer et vous verrez comment elle s'agrandit par sa propre puissance. L'enfance d'abord, puis la vieillesse, les infirmités ensuite; il ne restera plus que le chômage qui passera avec le reste, et l'institution entière sera organisée. Le souvenir de l'avor-

tement de la loi de vendémiaire an II a suffi pour faire repousser à peu près le principe lors de la rédaction de l'art. 13 de la Constitution de 1848. Nous espérons qu'à ce souvenir se joindra l'exemple de l'étranger et que le bon sens des Chambres arrêtera ce retour aux idées sentimentales de la Révolution.

Nous arrivons à la troisième classe de mineurs, le mineur maltraité (art. 4).

« Le mineur maltraité est celui dont les parents, tuteur ou ceux à qui il est confié mettent en péril la vie, la santé ou la moralité, par des sévices ou des mauvais traitements, par leurs habitudes d'ivrognerie ou leur inconduite grave et prouvée.

« Est assimilé au mineur maltraité celui dont les père et mère ont été condamnés comme coupables de l'un des crimes ou délits prévus aux art. 20 et 21 de la présente loi. »

Ces art. 20 et 21 ne sont autres que l'art. 1<sup>er</sup> (textuel) et l'art. 2 (modifié) du projet du gouvernement. Il est inutile d'insister.

Maintenant que nous savons dans quels cas l'Etat se substitue à la famille absente, incapable ou indigne, voyons comment s'opère cette substitution.

Tout l'esprit de la loi est, sur ce point, dans le commencement de l'art. 1<sup>er</sup>, du titre I<sup>er</sup> : Est de plein droit, etc. En règle générale, la dépossession du père se fait par voie administrative. C'est ce que nous montre l'art. 5 du titre I<sup>er</sup>, où d'après le préambule du rap-

port (*in fine*, p. 134), « on traite des mesures communes à tous les mineurs ». « Le mineur abandonné, délaissé ou maltraité est d'urgence, à la diligence du préfet de police dans le département de la Seine, du préfet ou du maire dans les autres départements, confié provisoirement à la garde de etc..., jusqu'à ce qu'il ait été statué sur son sort. » Le système de l'art. 4, de la proposition Roussel, qui a inspiré cet art. 5, était plus timide. Il se bornait à imiter ce qui se passe dans le cas où un mineur s'enfuit dans la maison d'un tiers. Le père intente une action devant le tribunal civil pour se faire rendre son enfant, et le tribunal, si la qualité de père n'est pas contestée, ordonne qu'on le lui remette immédiatement. Voilà la pratique usuelle en cette matière; c'était celle de l'art. 4. Seulement l'Etat, à la différence de l'hypothèse de tout à l'heure, acquerrait un droit de garde sur l'enfant « abandonné matériellement », par le seul fait qu'il l'avait recueilli; le tribunal avait à apprécier si l'intérêt de l'enfant exigeait le triomphe du droit de garde de l'Etat ou du droit de garde paternel. La commission ne s'est pas arrêtée là. « Des mesures immédiates devront être prises même en faveur des enfants maltraités, dit le rapport sous l'art. 5. » Ainsi même dans ce cas où les mauvais traitements ont été infligés à l'enfant dans l'intérieur de la famille, la police peut le faire enlever: et ce droit exorbitant est aux mains non pas seulement du préfet de police de Paris, mais du dernier maire

de village. « L'autorité, agissant sous sa responsabilité, s'inspirera des intérêts de l'enfance, dont la loi lui confie la défense », ajoute le rapporteur.

Mais les parents ont le droit de réclamer leurs enfants en justice ! L'art. 16 leur fait, en effet, cette générosité. « Les père, mère, autres ascendants ou parents ou le tuteur, ou le procureur de la République peuvent faire opposition à la décision en vertu de laquelle un mineur a été placé par l'autorité publique... Les père et mère, autres ascendants ou parents ou le tuteur peuvent, en tout temps, s'adresser par voie de requête au tribunal de la résidence du mineur, afin d'obtenir que le mineur leur soit remis... Le tribunal peut conserver (à ceux qui ont recueilli l'enfant) en tout ou en partie les droits exercés en vertu de l'article 18..... » (1).

On comprend que la toute-puissance de l'administration ainsi établie, il n'y aura dans la pratique qu'une place bien petite pour les mesures prescrites par le titre II et le titre III ; la dépossession par voie de police primera forcément la dépossession volontaire et la dé-

(1) Les art. 14 et 15 prévoient une hypothèse spéciale en la réglant d'une façon toute particulière. C'est le cas, dont s'occupait le projet du gouvernement, où les agents d'une société charitable ont recueilli l'enfant. La société est tenue de faire sa déclaration à l'autorité (art. 14), et pendant trois mois, les père, mère, etc., peuvent le réclamer. « Personne, en effet, dit le rapport, ne peut se substituer à la famille, si ce n'est l'autorité publique ».

possession judiciaire. Aussi serons-nous très bref à leur sujet, d'autant plus qu'elles nous sont déjà connues.

L'art. 17 permet aux père et mère ou tuteur qui sont dans l'incapacité ou l'impossibilité dûment constatées d'élever leurs enfants ou pupilles, de les remettre à l'autorité publique. C'est la cession des droits paternels, importée d'Amérique, mais transformée à deux points de vue : d'abord une déclaration détaillée des causes de l'abandon permet au pouvoir social d'écartier les demandes mal justifiées ; en outre le caractère de contrat est effacé, et l'acte nouveau est mis en harmonie avec l'art. 6 du Code civil, qui était blessé, on s'ensouvient, par la conception américaine. « L'acte qui règle le sort du mineur est multiple... Il y a d'abord substitution du représentant de l'autorité publique aux droits du père. La remise du mineur à l'Assistance publique ou à la charité a le caractère d'une délégation des droits de l'autorité publique et non des droits paternels. »

Les art. 20 et 21 reprennent l'idée du projet du garde des sceaux. Voici enfin des déchéances prononcées en justice : des déchéances de droit, l'art. 1<sup>er</sup> est reproduit *in extenso* ; des déchéances facultatives, empruntées à l'art. 2. Les unes dérivent comme conséquences forcées des condamnations de juridictions criminelles ; les autres forment l'objet spécial de décisions rendues par les juridictions civiles. La commis-

sion a donné le droit aux juges, dans ce dernier cas, de choisir entre la déchéance et la simple suspension. C'est même la seule innovation qu'elle ait risquée, et elle s'attache à en rehausser l'importance. « Il y a, répète-t-elle après une haute autorité juridique, une différence profonde entre la déchéance de la puissance paternelle, qui est une peine proprement dite, et la simple suspension, qui est une mesure de précaution. » C'est là, à notre avis, un de ces axiomes d'école qui n'ont pas de portée dans la vie pratique. Qu'est-ce que la suspension? D'après les termes du rapport on pourrait la définir : « Une mesure temporaire qui consiste dans le retrait des droits relatifs à la surveillance et à l'éducation. » Or, les droits relatifs à la surveillance et à l'éducation constituent toute la puissance du père sur la personne de l'enfant; et quant au caractère temporaire, il existe également dans la déchéance, puisque les art. 32 et 33 organisent l'action en restitution de la puissance paternelle. Entre la déchéance et la suspension, il y a donc similitude de caractère et identité d'effets. On voit que les modifications de la commission à l'art. 2 ne sont pas dénuées d'une certaine prudence. Toute l'organisation de l'action en déchéance est d'ailleurs empruntée trait pour trait au projet gouvernemental. A peine le caractère d'immixtion incessante en a-t-il été accentué sur deux points : l'action du ministère public est facilitée (art. 22); le tribunal pourra non seulement interdire



l'exercice de la puissance paternelle à la mère, lorsque le père aura été déchu, mais encore la restreindre entre ses mains.

Par un procédé ou par un autre, main-mise administrative, contrat ou jugement, le père est privé de son autorité. Nous sortons alors du contrôle de l'État et nous arrivons à l'exercice par l'État des droits de correction et d'éducation. C'est là une région située hors de notre domaine, où nous ne pouvons pas entrer. Les auteurs du projet y ont pourtant mis en œuvre toute leur originalité de pensée. Ils en ont fait sortir une administration de plus. Le préfet ajoute à ses attributions, déjà assez complexes, la direction des comités départementaux et cantonaux qui, recouvrant tout le territoire, exercent la double fonction d'agence de renseignements, et de comité de patronage. Ils ramènent les enfants du côté de l'État qui, une fois leur maître, les confie à cette haute surveillance. C'est à ce nouveau service, qu'échoit la tutelle des mineurs abandonnés, délaissés et maltraités « lorsqu'il n'a pas été statué par l'autorité compétente ». Le préfet tient lieu de tuteur et le conseil départemental de conseil de famille. Le préfet déléguera, d'ailleurs, ces peu agréables fonctions au tiers qui voudra s'en charger (V. art. 34). On transforme, à cet effet, la tutelle officielle du Code civil (art. 37) qui peut être demandée, soit au préfet, soit au tribunal pendant l'instance en déchéance. Il y a là le germe d'une mesure bien autre-

ment grave que celle proposée par le projet. Si jamais cette organisation venait à fonctionner en France, la force des choses la ferait intervenir dans tous les cas où la tutelle est irrégulière ou inexistante. L'État n'aurait qu'un pas à faire pour substituer enfin son action immédiate à l'action indirecte qu'il exerce par ses juges de paix et ses tribunaux. Le rapport a beau déclarer sous l'art. 34 que la question est écartée, il y songe et a bien soin de rappeler qu'il y avait, en 1875, 213,000 tutelles en souffrance. On a donc le droit de considérer cet art. 34 comme une pierre d'attente réservée pour une réforme bien plus considérable. Ce sera la dernière conséquence de ce projet qui, plus que tous les projets présentés en France jusqu'à ce jour, nous aura rapproché de cette théorie jadis si chère aux rêveurs de la période révolutionnaire : l'État père de famille (1).

---

(1) Le projet de la commission a été voté par le Sénat avec quelques modifications légères. (Voir l'analyse de cette proposition de loi dans Lallemand, *Question des enfants abandonnés et délaissés*, p. 96. — Voir aussi le Rapport de la commission de la Chambre, *J. off.*, fév. 1887, p. 499).

## CHAPITRE VIII

### CONCLUSION

Lorsqu'on veut chercher la solution de la question du contrôle de la justice sur les droits paternels de correction et d'éducation, il convient, à notre avis, de diviser les différentes classes sociales en deux catégories bien distinctes. L'une comprend ce que l'on a appelé autrefois les classes dirigeantes, et en outre la petite bourgeoisie urbaine et la classe rurale. L'autre se compose des ouvriers de la grande et même de la petite industrie.

Pour la première catégorie, la situation est sensiblement la même qu'aux siècles passés. Les négligences et les abus qui s'y manifestent sont les négligences et les abus de tous les temps. Contre eux il n'y a qu'à laisser agir l'influence des notions religieuses et morales avec leurs alternatives de toute-puissance et de discrédit. Pour la seconde catégorie, au contraire, l'observateur se trouve en présence d'un mal nouveau. Les faits sont indéniables. Tous les économistes et tous les hommes d'œuvre sont d'accord pour les reconnaître. L'organisation industrielle moderne a porté l'instabilité et la désagrégation de la famille à un degré

inconnu jusqu'ici. Dispersés dans des ateliers différents, sans autre lien que la courte réunion du soir à un foyer ordinairement désert, le père, la mère et les enfants ignorent trop souvent ce respect tendre et cette sollicitude affectueuse que les philosophes avaient cru pouvoir mettre au nombre des sentiments naturels. Les mauvais traitements, l'insouciance, l'immoralité se multiplient surtout dans ces agglomérations dégradées où l'alcoolisme croît sans cesse, pendant que la foi religieuse diminue. « Peut-on changer les conditions de l'industrie ? dit M. Paul Janet (*Revue des Deux-Mondes*, 1<sup>er</sup> janvier 1879). Non, cela est impossible ; personne ne le peut et personne ne le veut. Il ne reste qu'à employer de vastes moyens compensateurs. »

Ce sont ces moyens compensateurs qu'il s'agit de trouver.

Le problème est le suivant : supprimer les abus les plus criants qui se produisent sur certains points du territoire et dans une certaine partie de la population, mais sans toucher aux libertés et franchises de la famille dans tout le reste du pays.

La première réponse qui serait venue à un politique de l'ancienne France aurait été celle-ci : « Vous avez besoin d'une législation de classe ; faites une législation de classe. »

C'est là précisément que gît la difficulté ! Une pareille solution est inacceptable. Le grand principe de

l'égalité civile que la France entière appelait de ses vœux avant 89 n'est pas de ceux que l'on rejette sans regret après s'en être servi. — Il faut que la législation nouvelle, tout en visant spécialement une classe, s'applique sans exception à tous les Français.

Ici les deux conceptions de la puissance paternelle, que nous avons retracées au début de cette thèse, se rencontrent encore, et sur un terrain qui semble particulièrement favorable à la théorie individualiste. C'est ce qui explique le succès, non encore définitif, il est vrai, des projets Roussel. Cependant elle répond d'une façon assez défectueuse à l'énoncé de la question. Elle étend les réformes là où elles n'ont que faire, et soumet toutes les familles françaises à une surveillance de l'État, qui laisse loin derrière elle la surveillance des anciens censeurs. Il est bon sans doute de médicamenter les malades, mais il serait encore meilleur d'épargner les gens sains.

La conception traditionnelle, qui est aussi la conception scientifique, permet, croyons-nous, d'arriver bien plus aisément au résultat cherché. Nous avons vu chemin faisant combien il est facile d'écarter tous les inconvénients que l'observation signale, sans affaiblir le moins du monde la puissance paternelle. Quand on la diminue, c'est par esprit de système. La nécessité n'en impose jamais l'abaissement. Nous allons refaire la même expérience au sujet de la question des enfants abandonnés, délaissés et maltraités.

Le moyen que nous proposons est emprunté aux législations étrangères. Elles se font toutes remarquer par cette double préoccupation : fortifier l'autorité paternelle dans les familles où cette autorité peut s'exercer sans danger ; la sacrifier, mais dans la limite du strict nécessaire, et avec tous les égards convenables, dans les familles où elle viole trop ouvertement ses devoirs. Agir ainsi, ce n'est pas ébranler la puissance paternelle ; c'est, au contraire, la rendre plus énergique et plus respectée.

Aussi proposerions-nous, d'après le système étranger, qui fut jadis le système français, de rétablir tout d'abord l'*exhérédation*, d'*étendre* la quotité disponible, et de supprimer l'obligation du partage en *nature*.

Moyennant ces trois réformes, qui mettraient notre pays au niveau des pays voisins, voici les autres réformes auxquelles il serait possible de consentir.

D'abord, en ce qui touche la question des enfants abandonnés et délaissés, trois modifications à nos lois actuelles seraient suffisantes pour arrêter, autant que faire se peut, l'accroissement progressif de la prostitution et de la récidive.

1. L'art. 335, § 2, serait révisé en ce sens que la privation des droits paternels serait remplacée par la *séparation d'habitation*. La « privation des droits paternels » doit disparaître de nos Codes, et la déchéance ne doit pas y pénétrer. Il faut proclamer l'indissolubilité de la puissance paternelle aussi haut que l'on procla-



mait jadis l'indissolubilité du mariage. Mais, de même qu'il y a une séparation de corps entre les époux désunis, de même il devrait y avoir une séparation d'habitation entre les enfants et les parents qui oublient leurs obligations. Elle aurait l'immense avantage de ne pas dépasser le but qu'on se propose, et de *séparer* simplement l'enfant des parents indignes, sans leur enlever aucun des droits, consentement au mariage ou à l'adoption, par exemple, ou même usufruit légal, dont l'exercice est indifférent au relèvement moral de l'enfant.

2. L'art. 66 du Code pénal devrait permettre à l'établissement qui recevrait l'enfant — une réorganisation complète serait à ce point de vue nécessaire — de la conserver non plus jusqu'à vingt ans, mais jusqu'à vingt et un ans. L'art. 3 de la loi du 7 décembre 1874 serait abrogé.

3. La cession de l'autorité paternelle devrait être autorisée en faveur des associations charitables par dérogation à l'art. 6. Le juge de paix interviendra, si l'on veut, au contrat. C'est surtout sur cette institution nouvelle qu'il faut compter pour remédier à l'état de choses actuel. Les parents qui laissent le plus volontiers leurs enfants devenir des enfants délaissés, sont aussi ceux qui les céderaient avec le moins de regret. L'enfant rencontré sur la rue pourrait être considéré comme ayant été l'objet d'une cession tacite, si ses parents s'obstinaient à ne pas le réclamer dans les six

mois qui suivraient une signification d'huissier. Quant à l'enfant cédé à des saltimbanques, il appartiendrait de droit à l'Assistance publique qui profiterait du marché; l'art. 2, de la loi du 7 décembre 1874, serait ainsi transformé.

4. On pourrait enfin — et ce serait un moyen très efficace d'activer les cessions — établir la responsabilité pénale des parents, lorsque les enfants délaissés commettent des délits qui sont surtout causés par le manque de surveillance. La responsabilité pénale du père est une idée fort conciliable avec l'idée d'indépendance. Maître de sa famille, il a les pouvoirs suffisants pour empêcher ses enfants de nuire à la société, c'est-à-dire à l'ensemble des familles voisines. S'il s'acquitte mal de sa tâche, il doit être puni.

La question des enfants maltraités est encore plus simple. En cas d'application de l'art. 303 du Code pénal, le tribunal retrouverait encore la faculté qui serait écrite dans l'art. 335, § 2. Il pourrait prononcer la séparation d'habitation.

Voilà un ensemble de dispositions qui offrent à peu près — il ne faut pas, en une matière si délicate, se montrer trop sévère — tous les caractères que l'on devait exiger de la législation à créer. Elles ne violent pas le principe de l'égalité civile; et d'autre part, en fait, elles ne frapperont que la classe où les réformes étaient réclamées. L'art. 335, § 2, ne menace pas la noblesse ou la bourgeoisie; l'art. 303 s'appliquera

bien rarement aux familles riches. L'art. 66 restera inconnu en dehors des milieux désorganisés, et quant à la nouvelle cession des droits paternels, ceux-là seuls y auront recours qui le voudront bien.

De plus, dans les trois cas où la séparation pourra être prononcée contre le gré des parents, toutes les précautions auront été prises pour éviter les abus. On n'oubliera pas que cette séparation, cette privation du droit d'éducation, est une peine. Les projets de M. le sénateur Roussel ne paraissent pas assez s'en souvenir. On saurait pourtant que c'est la plus cruelle des peines, si l'on interrogeait les mères. Elle sera prononcée comme conséquence d'un débat criminel, où l'accusé aura, s'il en est digne et s'il est victime d'une intrigue, et non pas de ses propres fautes, le secours de la sympathie publique. Elle ne sera prononcée que pour des actes graves déjà commis. Ce sera, enfin — chose bien naturelle pourtant — une peine répressive et non pas une peine préventive, comme l'a décidé le vote du Sénat.

Une peine préventive ! C'est une alliance de mots que l'on ne devrait pas rencontrer dans la langue qui, la première, a parlé au monde de la Liberté. Qu'est-ce donc cependant que cette dépossession des droits paternels sur des enfants qui n'en ont jamais souffert : sur des enfants à naître ? Qu'est-ce, surtout, que cette disposition de l'art. 27, § 3, ainsi conçue : « Si le père déchu de la puissance paternelle contracte un nouveau

mariage, la femme peut, en cas de survenance d'enfants, s'adresser au tribunal et demander que l'exercice de la puissance paternelle sur ses propres enfants lui soit attribué ». Ainsi, la femme qui épouse en secondes noccs un homme jadis déchu de la puissance paternelle pourra être privée, sans aucune faute de sa part, des droits de sa maternité (*J. off.*, 27 mai 1883, p. 565).

Voilà le grand danger des projets que la commission de la Chambre étudie à l'heure actuelle. Ils font trop bon marché de la liberté. Le terme d'inconduite notoire est trop élastique pour être accepté sans réclamation par les intelligences nettes. Les souvenirs de l'Ancien Régime sont trop vivants pour qu'il n'excite pas la méfiance de tous les cœurs droits. Nous pensions involontairement, en lisant ces articles qui ont déjà reçu l'assentiment d'une Chambre française, à l'édit du 12 janvier 1686, où Louis XIV « signifia que les enfants des religionnaires, depuis cinq jusqu'à seize ans, seraient soustraits à l'autorité de leurs familles, remis aux mains de leurs parents catholiques, ou à défaut de ces parents, à des catholiques nommés par les juges qui régleraient la pension (1) », et nous nous demandions si un jour l'un des partis politiques qui divisent notre pays, victime de ces lois d'oppression, ne viendrait pas à s'écrier comme le ministre Jurieu : « On

(1) *Histoire de Louis XIV*, par Gaillardin, t. V, p. 413.

nous enlève nos enfants, qui sont une partie de nous-mêmes ! »

Toutes les libertés se tiennent étroitement. La liberté civile amoindrie entraîne avec elle la liberté de la charité. Les projets abandonnent notre principe traditionnel en matière d'assistance : ils proclament le droit de l'indigent.

Et qu'obtiendra-t-on en échange de cette abdication de la liberté individuelle, de cette double ingérence de l'Etat dans les familles et dans l'initiative privée, de ce socialisme juridique mêlé à ce socialisme économique ?

Quand la loi serait assez bien appliquée pour ne pas permettre à un seul enfant maltraité ou délaissé de demeurer plus longtemps dans le milieu qui le corrompt, croit-on que la question de la régénération morale de la classe ouvrière serait résolue ? Ce serait se faire une étrange illusion.

On réunira dans de vastes établissements, où les prodigalités officielles émerveilleront les touristes étrangers, des enfants qui apporteront chacun leur tare morale héréditaire, et l'on s' imagine que sous l'influence intermittente des surveillants et des maîtres, cet ensemble de vices que leur contact développe, va se transformer en vertus. En vérité, nos ancêtres gardaient les miracles pour leur religion et ne croyaient en politique qu'à l'expérience. Mettrons-nous donc toujours l'expérience dans la religion et dans la politique les miracles ?

Il est un résultat qui semble bien facile à obtenir : c'est de garder vis-à-vis de ces pauvres êtres dont on

veut guérir l'âme, cette douceur maternelle que leur enfance n'a pas connue. Eh bien, ce résultat lui-même n'est pas atteint dans les orphelinats ou asiles qu'on nous offre pour modèles. Des procès récents et des enquêtes récentes viennent de nous prouver que les mains paternelles ne sont pas les seules qui commettent des actes de cruauté.

Quelques enfants seront préservés! soit. Les moyens que nous avons proposés suffisent pour les mettre hors de danger. Tout ce qui serait fait au delà, bien loin de remédier aux abus qui se produisent, ne ferait que créer des abus nouveaux, en portant le trouble là où règnent le bon ordre et l'harmonie; — en affaiblissant, par contre-coup, l'idée de respect dans les familles où la désunion et l'immoralité n'ont pas pénétré.

Là est le vice de la théorie individualiste — dont nous subissons de plus en plus les effets; car ses exigences croissantes la font argumenter des concessions de la veille en faveur des concessions du lendemain. Ses succès de 1874 l'ont enhardie (1) : aujourd'hui elle est sur le point de faire passer une loi où la puissance paternelle est enlevée, alors même que les droits électoraux sont conservés. Elle n'a pas l'intention de s'en tenir là. Au cours de la séance du 27 mai 1883, au moment où une partie de l'Assemblée protestait énergiquement contre

(1) V. *Journal off.*, 27 mai 1883, p. 567, discours de M. Bar-doux.



une des conséquences les plus dangereuses du titre III, un sénateur crut devoir répondre : « le projet ne va pas assez loin » (p. 568), et nous lisons à la page 193 du tome II du *Compte Rendu du congrès international de la protection de l'enfance*, ces quelques lignes que les partisans des écoles confessionnelles feront bien de méditer : « Une mesure indispensable, dans certains cas, pour protéger l'enfant contre « l'ignorance », consiste à retirer aux parents la puissance paternelle. »

Souvenons-nous que la puissance paternelle est l'institution dont Montesquieu a dit : « C'est de toutes les puissances celle dont on abuse le moins ; c'est la plus sacrée de toutes les magistratures ; c'est la seule qui ne dépend pas des conventions et qui les a même précédées » (1) ; et, sans nous embarrasser de cette tradition germanique imaginée par les érudits du xix<sup>e</sup> siècle, et de cette tradition chrétienne forgée par les disciples de Rousseau, demandons-lui l'appui que tous les siècles y ont trouvé. Fortifiée par la *liberté testamentaire*, elle ne craindra pas les limitations légères qui lui seront apportées. On pourra toujours la dire indépendante de l'Etat.

Quant aux abus partiels que l'on ne peut détruire, on s'en consolera en songeant qu'en matière de puissance paternelle, comme ailleurs, la liberté du mal est une condition indispensable de la liberté du bien.

(1) *Lettres persanes*, n° 79.

## POSITIONS

---

PRISES DANS LA THÈSE

### DROIT ROMAIN

I. L'*abdicatio* peut être déterminée par deux motifs différents : elle permet à la famille, lorsqu'un crime ou un délit a été commis par un de ses membres au préjudice d'une autre famille, de se débarrasser de la responsabilité collective qui pèse sur elle; elle lui permet aussi de réprimer les désordres intérieurs qui peuvent la troubler. (Voir page 25.)

II. L'*abdicatio* peut être considérée comme une exhérédation entre-vifs. (Voir page 41.)

III. Le consentement du fils finit par être requis pour l'émancipation, sauf dans les cas où le père avait de justes motifs d'imposer sa volonté. (Voir page 69.)

IV. C'est du jour où la clause de fiducie a été adjointe à la mancipation de l'enfant que l'émancipation, au sens classique du mot, a été créée, (Voir page 81.)

V. L'*emancipatio* et l'*exheredatio* permettaient d'arriver primitivement à des résultats presque identiques. (Voir page 80.)

## DROIT FRANÇAIS

I. Le *mundium* ne dérive pas de l'idée de protection. (Voir page 133.)

II. La maxime de Loisel : « En pays coutumiers droit de puissance paternelle n'a lieu », est au xvi<sup>e</sup> siècle l'expression d'une doctrine nouvelle. (Voir page 142.)

III. L'enfant de moins de seize ans peut être — par la voie de réquisition — détenu pendant le délai de six mois. (Voir page 197.)

IV. Pendant que le mariage subsiste dans son état normal, nul n'a qualité pour exercer l'action de l'article 203. (Voir page 217.)

V. Le contrôle du pouvoir judiciaire sur la puissance paternelle n'existe pas dans nos lois — sauf en cas de séparation de corps et de divorce. (Voir page 263.)

---

POSITIONS PRISES HORS DE LA THÈSE

DROIT ROMAIN

I. A l'époque classique, les enfants nés d'un concubinat n'ont pas de père légalement certain.

II. La règle *prior tempore potior jure* s'applique entre hypothèques constituées sur des biens à venir.

III. La *cautio* énonçant la dette d'une somme qui n'a pas été effectivement payée constitue au Bas-Empire une obligation littérale.

IV. L'action *in factum*, accordée concurremment avec l'action *in jus* en matière de dépôt et de commodat, est un vestige de l'époque où le dépôt et le commodat n'étaient pas encore des contrats. Plus tard, la

simplicité de sa formule la fit souvent préférer, lorsque le point litigieux était le fait même du commodat ou du dépôt.

## DROIT CIVIL FRANÇAIS

I. Des biens ne peuvent être donnés ni légués à un mineur, sous la condition que son père n'en aura pas l'administration.

II. Les pensions alimentaires dues *ex officio pietatis* arréragent.

III. Les partages d'ascendants ne peuvent pas être annulés pour inégalité dans la nature des attributions.

IV. Sous le régime de communauté, le mari peut, avec le consentement de sa femme, faire valablement les donations qui lui sont défendues par l'art. 1422.

## DROIT COUTUMIER

I. Au moment des invasions germaniques, il n'y eut point de partage imposé par les barbares aux possesseurs du sol.

DROIT CONSTITUTIONNEL.

I. Le Sénat peut rétablir les crédits alloués par les précédents budgets et refusés par la Chambre dans le budget en préparation.

DROIT DES GENS

I. Le droit de prise maritime doit être maintenu.

ÉCONOMIE POLITIQUE

I. Même au point de vue purement doctrinal, le bi-métallisme est préférable au monométallisme.

Vu par le Président de la thèse,  
J.-E. LABBÉ.

Vu par le Doyen de la Faculté,  
CH. BEUDANT.

Vu et permis d'imprimer,  
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,  
GRÉARD.





## TABLE DES MATIERES

---

### DROIT ROMAIN

#### ESSAI DE THÉORIE SUR LA NATURE DE L'ÉMANCIPATION

|                                                                                                                     |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Introduction . . . . .                                                                                              | 5  |
| Première partie. — L'émancipation chez les peuples à<br>familles patriarcales. . . . .                              | 43 |
| Deuxième partie. — L'émancipation à Rome. . . . .                                                                   | 49 |
| Titre I <sup>er</sup> . — L'émancipation hors de la <i>gens</i> . . . . .                                           | 49 |
| Titre II. — L'émancipation hors de la famille. . . . .                                                              | 22 |
| Chapitre I <sup>er</sup> . — L'émancipation à l'époque de la loi<br>des Douze Tables et sous la République. . . . . | 24 |
| Section I. — L'émancipation répressive. . . . .                                                                     | 24 |
| § 1. L' <i>abdicatio</i> . Conditions; formes; effets. . . . .                                                      | 24 |
| § 2. Le <i>mancipium</i> . . . . .                                                                                  | 43 |
| Section II. — L'émancipation libératrice. . . . .                                                                   | 44 |
| § 1. Emancipation de fait. . . . .                                                                                  | 44 |
| § 2. Cas spéciaux d'émancipation. . . . .                                                                           | 47 |
| § 3. <i>Mancipium</i> et affranchissement; conditions;<br>formes; effets. . . . .                                   | 50 |
| Chapitre II. — L'émancipation et les réformes du<br>préteur . . . . .                                               | 61 |
| Section I. — Conditions et formes de l'émanci-<br>pation . . . . .                                                  | 61 |

|                                                                        |     |
|------------------------------------------------------------------------|-----|
| § 1. Le <i>pater</i> est le <i>manumissor</i> . . . . .                | 61  |
| § 2. Le <i>manumissor</i> est <i>extraneus</i> . . . . .               | 73  |
| Section II. — Effets de l'émancipation. . . . .                        | 79  |
| § 1. Effets nuisibles. . . . .                                         | 80  |
| § 2. Effets bienfaisants. . . . .                                      | 96  |
| Chapitre III. — L'émancipation sous les derniers<br>empereurs. . . . . | 108 |

## DROIT FRANÇAIS

### DU CONTROLE DE LA JUSTICE SUR LES DROITS PATERNELS DE CORRECTION ET D'ÉDUCATION

|                                                                                            |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Introduction . . . . .                                                                     | 117 |
| Chapitre I <sup>er</sup> . — Les leçons de l'expérience. . . . .                           | 119 |
| Section I. — La tradition . . . . .                                                        | 119 |
| § 1. Doctrine théologique. . . . .                                                         | 120 |
| § 2. Tradition romaine. . . . .                                                            | 123 |
| § 3. Tradition germanique. . . . .                                                         | 133 |
| § 4. Ancien droit. . . . .                                                                 | 142 |
| § 5. Droit de la période révolutionnaire. . . . .                                          | 153 |
| Section II. — La science sociale. . . . .                                                  | 157 |
| Chapitre II. — Les théories (déductives; induc-<br>tives). . . . .                         | 162 |
| Chapitre III. — Régime légal des droits paternels<br>de correction et d'éducation. . . . . | 174 |
| Section I. — La puissance paternelle pendant le<br>mariage. . . . .                        | 175 |
| § 1. Le mariage subsiste dans son état normal. . . . .                                     | 175 |
| Droit de correction . . . . .                                                              | 180 |
| Droit d'éducation. . . . .                                                                 | 206 |

|                                                                                                                                       |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| § 2. Événements pouvant survenir au cours du mariage. . . . .                                                                         | 273 |
| I. Absence. . . . .                                                                                                                   | 273 |
| II. Folie. . . . .                                                                                                                    | 280 |
| III. Condamnation. . . . .                                                                                                            | 281 |
| IV. Séparation. . . . .                                                                                                               | 284 |
| Section II. — La puissance paternelle après la dissolution du mariage. . . . .                                                        | 293 |
| I. Divorce. . . . .                                                                                                                   | 293 |
| II. Nullité du mariage. . . . .                                                                                                       | 297 |
| III. Décès de l'un des conjoints. . . . .                                                                                             | 299 |
| Chapitre IV. — Jurisprudence. . . . .                                                                                                 | 304 |
| Chapitre V. — Du contrôle de la justice sur les droits paternels de correction et d'éducation à l'égard des enfants naturels. . . . . | 318 |
| § 1. Enfants naturels simples. . . . .                                                                                                | 322 |
| § 2. Enfants naturels adultérins et incestueux. . . . .                                                                               | 327 |
| Jurisprudence. . . . .                                                                                                                | 328 |
| Chapitre VI. — Législation comparée. . . . .                                                                                          | 330 |
| Chapitre VII. — Projets. . . . .                                                                                                      | 347 |
| Projet Roussel. . . . .                                                                                                               | 349 |
| Projet du Gouvernement. . . . .                                                                                                       | 352 |
| Projet de la commission du Sénat. . . . .                                                                                             | 359 |
| Chapitre VIII. — Conclusion. . . . .                                                                                                  | 372 |
| Positions. . . . .                                                                                                                    | 389 |













